



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

## **TESIS DOCTORAL**

La Doctrina del Tribunal Supremo de Israel sobre la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento israelí, con especial referencia a los territorios palestinos ocupados

**Autor:**

**Yaniza Giraldo Restrepo**

**Director/es:**

**Fernando M. Mariño Menéndez**

**Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho  
Getafe, Julio de 2011**

# TESIS DOCTORAL

La Doctrina del Tribunal Supremo de Israel sobre la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento israelí, con especial referencia a los territorios palestinos ocupados

Autor: Yaniza Giraldo Restrepo

Director/es: Fernando M. Mariño Menéndez

Firma del Tribunal Calificador:

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Firma

Calificación:

Leganés/Getafe, de de

## AGRADECIMIENTOS

A lo largo de estos años diferentes personas han sido parte fundamental para poder llevar a cabo esta tesis, quisiera expresar mis agradecimientos a mi esposo Edwin Laniado, que ha sido una persona importante e indispensable para que pudiera hacer realidad este sueño. Gracias por todo el apoyo y por creer siempre en mí. A mi hija Hannah Laniado porque a pesar de ser tan pequeña ha sido muy paciente y comprensiva en este largo proceso.

Quiero agradecer al profesor Fernando Mariño, por haber aceptado dirigir esta investigación desde el principio, y por todas las recomendaciones y sugerencias que sin duda fueron una parte fundamental para el desarrollo de esta tesis.

A mis hermanos, Juan Carlos Giraldo y José Leonardo que aunque estén lejos siempre me han acompañado y animado a seguir. Gracias por todo el cariño y apoyo.

También quiero agradecer a mis amigos por haber compartido las tristezas y alegrías, por las palabras de ánimo y los momentos agradables que pasamos:

Celina Trimiño, Eloísa González, Adriana Cardona, Fabián Arstein, Hugo Fernando Guerrero, Diana Carmelo, Jaime Montoya.

## INDICE

<b>Abreviaturas</b>	<b>xiii</b>
<b>Introducción</b>	<b>xv</b>

## CAPITULO I

### EL DERECHO CONSTITUCIONAL ISRAELÍ: LAS LEYES BÁSICAS

1. Origen y formación de las Leyes Básicas	1
I. El caso <i>Kol Ha'am</i>	10
II. El caso <i>Bergman</i>	12
III. Adopción de una Constitución	13
2. Las Leyes Básicas con rango constitucional	15
I. Definición y características de las dos Leyes Básicas	15
II. Revisión Judicial	25
III. Interpretación constitucional	31
3. La revolución constitucional y el papel del TSI	38
I. El caso <i>Mizrahi</i>	42
II. Cambio en el sistema jurídico israelí	45

## **CAPITULO II**

### **LAS NORMAS ESPECIALES ESTABLECIDAS EN LOS TERRITORIOS OCUPADOS**

1. Legislación como fuente del derecho	48
2. Normas adoptadas por el Gobierno en ejercicio de sus poderes legislativos	55
3. Los actos jurídicos adoptados por la administración militar: el derecho aplicable en los TO	59
I. La Administración Civil	64
II. Tribunales Militares	66
III. Legislación modificada por necesidades civiles	71
IV. Tributación	76
4. Cambios normativos derivados de la situación de ocupación Prolongada	86
I. Los cambios derivados de la consolidación de los asentamientos	96
II. Acuerdos interinos entre Israel y la Autoridad Palestina	99

## **CAPITULO III**

### **LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS TERRITORIOS OCUPADOS**

1. El Derecho internacional y su aplicación en los Territorios Ocupados	101
--	-----

2. La Costumbre Internacional en el derecho público de Israel	111
3. Los tratados internacionales	117
4. La aplicabilidad del DIDH y del DIH en los Territorios Ocupados	123
I. La interpretación de estos dos instrumentos	123
A. Conflicto entre la aplicación del DIH y el DIDH	127
B. Armonización entre las disposiciones del DIH Y DIDH por la potencia ocupante	135
II. El Principio de <i>Lex Specialis</i>	136
A. Aplicación del principio en los Territorios Ocupados	137
B. Aplicación por el Tribunal Supremo Israelí	145

## **CAPITULO IV**

### **EL TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

1. Competencias y funciones: El Tribunal Supremo de Israel como Tribunal Constitucional	151
I. El activismo judicial del Tribunal Constitucional	153
II. Legitimidad Constitucional de la actividad del Tribunal Supremo de Israel	160
2. La doctrina del Tribunal Supremo en relación con el régimen aplicado en los Territorios Ocupados	165
I. El Poder Judicial y la Relación con otras ramas del Gobierno	165
II. Justiciabilidad de las reclamaciones presentadas por palestinos que habitan en los TO	167
III. Jurisdicción del Tribunal Supremo sobre los Territorios Ocupados	171

3. La protección de los derechos humanos y la lucha contra el Terrorismo	175
I. El Balance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre las exigencias de la seguridad y las de protección de las Libertades Fundamentales	180
II. Justificación de la inaplicación del Derecho Internacional en determinados litigios	184

## **CAPITULO V**

### **LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ISRAELÍ**

1. La doctrina en todas las cuestiones originadas por la “cuestión palestina” y la protección de los derechos humanos	186
I. El Muro y los asentamientos: la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra	186
A. El caso Beit sourik	187
B. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Muro construido en Territorio Palestino	191
C. El caso <i>Maràabe</i>	194
II. Los asesinatos selectivos y las operaciones militares: los argumentos de legítima defensa y la proporcionalidad en las acciones Antiterroristas	196
A. Necesidad militar	196
B. Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los asesinatos selectivos	201
C. Los Civiles y su participación en las hostilidades	202
III. Deportaciones y asignación de residencia	208
IV. Protección a la población civil bajo ocupación beligerante	214

A .Detenciones Administrativas	214
B. Detenciones en masa	216
V. Tortura	221
A. El uso de presión física moderada	223
B. Legítima defensa y estado de necesidad	226
2. La cuestión de Gaza tras el Plan de Desconexión	231
I. Gaza como territorio ocupado	233
II. Responsabilidades bajo el Derecho Internacional de Ocupación	239
III. Aplicación de la IV Convención de Ginebra	241
IV. Orden Público	244
V. Obligaciones bajo la legislación israelí	245
3. La cuestión de los “palestinos del 48” y la legitimación de las medidas legislativas dirigidas específicamente sobre ellos	246
I. La Ley de Ciudadanía y Entrada en Israel	246
II. Cuestiones constitucionales	252
III. El Derecho a la vida familiar y la igualdad	254
IV. El concepto de igualdad	256
A. Posición del Estado	260
B. Resultados de las políticas aplicadas por las autoridades de seguridad	261
<b>CONCLUSIONES</b>	266
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	275



## Abreviaturas

AI	Amnistía Internacional
AP	Autoridad Palestina
CCT	Convención contra la Tortura
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH	Derecho Internacional Humanitario
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
FDI	Fuerzas de Defensa Israelí
ONG	Organización no Gubernamental
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
SGS	Servicios Generales de Seguridad
TO	Territorios Ocupados
TSI	Tribunal Supremo Israelí
UNSCOP	Comité Especial sobre Palestina

## INTRODUCCIÓN

En diferentes países del mundo los conflictos armados son la justificación para violaciones masivas de los derechos humanos. No importa el lugar donde éstos sucedan, siempre se caracterizan por graves y masivos abusos a los derechos fundamentales.

En 1967 el Estado de Israel ocupó Cisjordania y la Franja de Gaza donde estableció un Gobierno Militar que en el transcurso de la ocupación ha realizado cambios en el sistema jurídico de la región, unas veces necesarios para el desarrollo de la población, pero en otros como respuesta a los intereses de Israel. Estos cambios sin duda han repercutido de manera negativa en la vida de la población palestina.

Si bien es cierto que en situaciones de ocupación militar el régimen jurídico aplicable es el “Derecho de Ocupación Beligerante” la doctrina del Tribunal Supremo de Israel también hace referencia al derecho interno de Israel y más específicamente el Derecho Constitucional, para pronunciarse sobre la situación en los territorios ocupados. Israel no tiene un documento oficial conocido como “Constitución” pero desde 1992 a causa de un compromiso histórico se promulgaron dos Leyes Básicas que protegen los derechos fundamentales: “Dignidad Humana y Libertad” y “Libertad de Ocupación” hecho que ha sido referido como una Revolución Constitucional.

El análisis que se hace en ésta tesis, tiene énfasis en mayor medida en las obligaciones que tiene el Estado de Israel con la población bajo ocupación por ser la “Potencia Ocupante” pero no por esto desconoce las obligaciones que tiene la Autoridad Palestina, en especial, aquellas áreas donde fueron transferidas las responsabilidades por parte de Israel en los Acuerdos de Oslo

de 1993, como también las derivadas del derecho internacional. A su vez, hace referencia a la doctrina del Tribunal Supremo de Israel y la aplicación del derecho internacional en las decisiones relacionadas con los territorios ocupados.

El objetivo principal de esta investigación es hacer un estudio del derecho constitucional israelí desde sus inicios y su evolución, para poder comprender de manera general cómo es el funcionamiento de su sistema jurídico; asimismo, las fuentes del derecho israelí y la aplicación de la normativa internacional dentro de su ordenamiento interno. Y, partiendo de esto, hacer un análisis de la doctrina del Tribunal Supremo Israelí en relación con el Derecho Internacional y la protección de los derechos fundamentales de la población de los territorios ocupados. Hay que tener en cuenta que de acuerdo a los cambios que se originen dentro del Estado de Israel en el ámbito jurídico, político y social, éstos tendrán repercusión en las políticas gubernamentales aplicadas dentro de la región ocupada.

La hipótesis de esta investigación se fundamenta en que la ocupación no sólo ha deteriorado la vida y las condiciones socio-económicas de la población palestina, al igual que el retroceso de sus instituciones, sino que también ha generado un doble sistema jurídico en la región que no responde a los estándares internacionales a seguir en situaciones de ocupación prolongada. Ese sistema es aplicable a la población de los asentamientos judíos y a la población palestina en la región. Ésta dualidad ha sido fomentada desde el gobierno israelí y ejecutada por la autoridad militar establecida en los territorios ocupados. La normativa aplicada dentro de la región no ha sido sometida a revisión por ningún tribunal, lo que ha permitido el abuso de poder por parte de las Fuerzas de Defensa y del Gobierno Israelí.

Aunque en algunas ocasiones el Tribunal Supremo Israelí se ha pronunciado sobre la ilegalidad de las políticas tomadas dentro de la región, haciendo un análisis encomiable del Derecho Internacional y las obligaciones de la Potencia Ocupante, en la mayoría de los casos aprueba las acciones militares por razones de “Seguridad nacional”. En otras ocasiones sólo hace un

análisis de las acciones y la proporcionalidad de las medidas tomadas, pero no entra a discutir sobre la legalidad de las políticas gubernamentales y militares, y el incumplimiento de las disposiciones internacionales en situaciones de ocupación militar.

La importancia de esta tesis se justifica por la actualidad, originalidad y relevancia del tema tanto teórico como práctico. Si bien es cierto que dentro de la literatura jurídica hay un gran número de documentos que hacen referencia al conflicto israelí-palestino, en lo relacionado con la doctrina del Tribunal Supremo de Israel en relación con los territorios ocupados es menor sobre todo en lengua castellana e inglesa. Además, casi no se ha investigado sobre la forma en que éste decide sobre las políticas del gobierno militar en los territorios ocupados, y a la vez, cómo hace para no perder legitimidad entre ambas partes en conflicto: la población palestina, y el gobierno militar.

Por otra parte, se analiza las políticas establecidas por el Gobierno israelí en relación con los ciudadanos árabes-israelíes y las leyes discriminatorias propuestas contra éstos; asimismo, los cambios legislativos establecidos por el gobierno militar dentro de los territorios ocupados del Derecho vigente en el momento de la ocupación.

En definitiva, el aporte que hace esta investigación reside en que existe escasa literatura jurídica en torno a la Doctrina del Tribunal Supremo de Israel, y la participación que ha tenido en la cuestión palestina, toda vez que en la mayoría de las ocasiones éste no solo ha legitimado las acciones del gobierno militar dentro de los territorios ocupados, sino que ha aceptado y establecido un precedente en torno al cambio legislativo y territorial en la región. Todo esto justificado por el tema de la “Seguridad Nacional” que ha otorgado plena libertad a los diferentes representantes del Gobierno de Israel dentro de la región ocupada. Se puede decir que en menor medida ha establecido una cultura de protección de los derechos fundamentales de la población palestina bajo ocupación.

Es importante aclarar que esta tesis no pretende hacer un análisis del conflicto entre Israel y palestina, sino de la doctrina del Tribunal Supremo de

Israel y la aplicación del derecho internacional dentro de los territorios ocupados. Lo que sin duda no se puede desconocer es que el avance o retroceso dentro del sistema jurídico israelí irá vinculado a la situación en la región ocupada y por ende, influye dentro de la resolución del conflicto.

A lo largo de esta investigación se utilizara el método inductivo y deductivo. Para el desarrollo de la hipótesis y el objetivo principal, la tesis se estructura en cinco capítulos:

El primer capítulo hace un análisis del desarrollo constitucional israelí desde la creación del Estado, la adopción de las dos Leyes Básicas que hacen especial referencia a la protección de los derechos humanos, y las principales sentencias en este sentido; que sin duda han marcado un antes y un después en el sistema constitucional del Estado. Como resultado de la adopción de estas dos Leyes Básicas, se produjo la denominada “Revolución Constitucional” donde el Tribunal Supremo de Israel ha tenido un papel fundamental dentro de este cambio jurídico, que redunda en la situación de los territorios ocupados. Hay que tener en cuenta que el desarrollo constitucional en Israel, va ligado necesariamente a la cuestión judía y los valores religiosos del Estado denominado “Judío-Democrático” donde se puede decir que es excluyente porque no se aplica de igual forma a toda la población.

El segundo capítulo hace referencia a las fuentes del derecho israelí, que van a ser determinantes dentro de los territorios ocupados. Es importante señalar que dentro de la región ocupada no sólo tiene competencia para legislar el Gobierno Militar sino que también se aplica el derecho interno de Israel, y la doctrina del Tribunal Supremo de Israel. Se analiza cuales han sido los cambios generados en la población y en el territorio a causa de la ocupación prolongada.

El tercer capítulo desarrolla el tema de la aplicación del Derecho Internacional en los territorios ocupados y la negativa del Gobierno de Israel de aplicar las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También aborda la postura del Tribunal Supremo de Israel frente a esto, y la adaptación de los estándares

internacionales frente a los principios del derecho interno israelí. A su vez, la respuesta a las demandas presentadas contra el incumplimiento de los estándares internacionales en situaciones de ocupación prolongada.

En el cuarto capítulo, se hace un análisis del Tribunal Supremo de Israel y la función que ha cumplido como Tribunal Constitucional dentro del Estado, en la resolución de los conflictos entre la población palestina y el gobierno militar, teniendo en cuenta que el Estado de Israel no tiene constitución, que sus funciones no han sido estipuladas para esta función. Además, la difícil situación en que se encuentra por ser un Tribunal del Estado ocupante, y a su vez, conocer las demandas que se presentan por los abusos del gobierno militar establecido en la región. El Tribunal Supremo como garante del Estado de Derecho, acepta la tarea de hacer cumplir los valores democráticos del Estado y tratar de garantizar la protección de la población de los territorios ocupados.

No obstante, por otra parte, garantizar que sus decisiones no ponen en riesgo el estado de bienestar de su propia población que se siente amenazada por los diferentes grupos terroristas que atentan contra el Estado de Israel. Asimismo, cómo ha justificado la competencia y jurisdicción dentro de los territorios ocupados.

El quinto capítulo se dedica a la doctrina del Tribunal Supremo de Israel y la aplicación del Derecho Internacional y el Derecho israelí. Este capítulo se divide a su vez en tres partes: el primero, tiene relación sobre la competencia en la cuestión palestina, y la protección de los derechos humanos, tomando como ejemplo las sentencias más relevantes en esta materia; el segundo, la situación de Gaza tras la retirada israelí en 2005 y las obligaciones que tiene con la población; la tercera parte, hace alusión a la situación de los palestinos que ahora son israelíes y las políticas de discriminatorias dirigidas contra éstos. Se tiene en cuenta este tema porque cada una de las medidas tomadas contra esta minoría son sin duda a causa del conflicto con palestina, que repercuten en el nivel de vida y estabilidad de las familias palestinas residentes en los territorios ocupados. Donde se puede ver cómo el Estado de Israel adopta medidas legislativas que inciden en la región ocupada.

Para concluir la investigación se presentan las conclusiones, y un apartado bibliográfico que contiene las fuentes utilizadas en esta tesis, donde se hace referencia a las sentencias del Tribunal Supremo de Israel, relacionadas con el derecho interno del Estado de Israel, como también la situación de la cuestión palestina. Las sentencias del Tribunal Supremo de Israel han sido estudiadas en inglés y en hebreo. Se utilizaron diferentes fuentes jurídicas en este mismo idioma que han sido traducidas por la autora de esta tesis. Parte de esta investigación se llevó a cabo en el Estado de Israel lo que me ha permitido tener una relación directa con la cuestión de Palestina y los Territorios Ocupados.

## CAPITULO I

### MARCO JURÍDICO

#### EL DERECHO CONSTITUCIONAL ISRAELÍ: LAS LEYES BÁSICAS

##### 1. Origen y formación de las Leyes Básicas

Después de la Primera Guerra Mundial que tuvo lugar entre 1914 y 1918, el Imperio Otomano perdió los territorios que tenía en Asia menor, pasando a ser administrados por Gran Bretaña y Francia en forma de Mandatos, establecidos por la Liga de Naciones. Gran Bretaña ocupó los territorios de Palestina, Jordania e Irak; Francia se asentaba en Siria y Líbano.

El Estado de Israel tiene dentro de su tradición jurídica la herencia del imperio Otomano que estuvo en la región hasta 1917, y posteriormente fue conquistado por las tropas británicas<sup>1</sup>. Aunque el imperio Otomano permaneció por más tiempo sobre la región, Israel tiene más influencia en su derecho sustantivo del sistema legal británico, que incorpora las normas de carácter consuetudinario.

Hasta la fecha permanece la influencia del Imperio Otomano en materia religiosa, en todo lo relacionado con: divorcio, custodia de menores, alimentos, testamentos, sucesiones. Se tiene en cuenta “la ley personal” de cada grupo religioso aceptado dentro del Estado de Israel<sup>2</sup> y las competencias recaen

---

<sup>1</sup> Artículo 22 del Convenio de la Liga de las Naciones. Véase, Yadin, Uri. “Sources and tendencies of Israel law”. *Pa. L. Rev.* Vol. 99, 1950-1951, p. 564. Para ver la historia del desarrollo constitucional en Israel véase, Gavison, Ruth. “The Controversy Over Israel’s Bill of Rights”. *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 15, 1985, pp.113-118.

La orden del Consejo Palestino de 1922, reconoció once comunidades religiosas: judíos, musulmanes, y nueve denominaciones cristianas. El gobierno israelí incorporó la Iglesia Evangélica Presbiteriana y la Ba'há'i a esta lista. El Knesset aprobó una ley de jurisdicción en los tribunales religiosos drusos. Véase entre otros autores, Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*. Netherlands, Kluwer Law International, 2007, p. 20. Groppi, Tania; Ottolenghi



sobre los tribunales religiosos. En este mismo sentido, en relación con la ley de tierras y la ejecución de sentencias<sup>3</sup>.

El 29 de noviembre de 1947 la Asamblea General de las Naciones Unidas, tras la presentación del informe de la Comité Especial sobre Palestina (UNSCOP) aprobó la Resolución 181(II) o Plan de Partición. Recomendaba la participación de Palestina en Estado árabe, un Estado judío, en unión económica y con la ciudad de Jerusalén bajo mandato internacional<sup>4</sup>.

La resolución 181 de las Naciones Unidas determinó la creación de dos Estados independientes, con la responsabilidad de adoptar una constitución escrita.<sup>5</sup> La resolución estipulaba unas obligaciones a seguir por cada Estado: a) creación de una constitución democrática para el Estado b) El respeto por los lugares santos y edificios religiosos c) no discriminación por cuestiones de religión, idioma o género d) la obligación del Estado de cumplir con los acuerdos y convenios internacionales generales o especiales.

El 14 de mayo de 1948 se firmó la Declaración de Independencia de Israel (en adelante la Declaración)<sup>6</sup> por los miembros del Consejo Nacional, como un “Estado Judío Democrático” basado en: la libertad, la justicia y la paz. La Declaración es una fuente primaria en la interpretación del derecho israelí<sup>7</sup>.

---

Emanuele; Mordechai Rabello, Alfredo (ed). *IL sistema costituzionale dello Stato di Israele*. Torino, G. Giappichelli, 2006, pp.11-14. Shapira, Amos; C. De Witt-Arar, Keren (eds.). *Introduction to the Law of Israel*. London, Kluwer law International, 1995, pp.3-4. Kretzmer, David. Constitutional Law. En, Shapira, Amos; Keren C. Dewitt-Arar. *Introduction to the law of Israel*, op. cit., pp. 48-50.

<sup>3</sup> Disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Government/Branches+of+Government/Judicial/The+Judiciary+The+Court+System.htm9> [Consulta. 6 de mayo de 2010].

<sup>4</sup> Véase, Yakobson, Alexander; Rubinstein, Amnon. *Israel and the family of nations: The Jewish nation-state and human rights*. Abingdon, Routledge, 2009, pp.29-31.

<sup>5</sup> Véase la Resolución 181 de noviembre 29 de 1947. Entre otros, Teles Pereira, J. A. “De actor secundario a Principal: Tribunal supremo de Israel”. *Revista derecho político*. Vol. 69, 2007, p. 230.

<sup>6</sup> Para la población Palestina este día lo llaman *Nakba* y representa la devastación o “catástrofe” de la población palestina, porque los que estaba presentes en el territorio del nuevo Estado pasaron a ser refugiados. Ver, Sa’di, Ahmad; Abu-Lughod, Lila. *Nakba: Palestine, 1948, and the claims of memory*. New York, Columbia University Press, 2007, pp. 3-5

<sup>7</sup> Avnon Dan. “The Israeli basic laws (potentially) fatal flaw”. *Israel Law Review*. Vol. 32, 1998, p. 553.

La Declaración estipula que el Estado de Israel respeta los derechos básicos como: igualdad, libertad de religión y conciencia<sup>8</sup>. Este documento es de gran importancia para la sociedad porque responde a la voluntad del pueblo judío, definiendo los principios y valores a seguir. La Declaración dispone que Israel sea definido como un Estado que “ama la libertad”<sup>9</sup>. No obstante, no se constituyó como un documento de carácter constitucional, ni entraba a conformarse de manera transitoria como un documento de orden superior. Sino que fue definido como un documento político con significado jurídico<sup>10</sup>.

La Declaración tenía como objetivo la creación de un Comité encargado de adoptar una Constitución a más tardar el 1 de octubre de 1948<sup>11</sup>. Este documento es el primero donde se establecen las bases legales, define los principios básicos del nuevo Estado, las ramas del poder público con total independencia y los valores constitucionales del mismo<sup>12</sup>.

La Asamblea Constituyente encargada de preparar la Constitución no pudo crearse porque Israel entró en guerra con los Estados árabes: Siria, Líbano y Egipto. Sólo en 1949 se estableció un Consejo Provisional del Estado que funcionaría de manera interina como poder Ejecutivo y Legislativo hasta la elección de una Asamblea Constituyente<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> La Declaración reconoce la libertad religiosa y el derecho de las minorías al acceso a los lugares Santos. También hace énfasis en la no discriminación por razones de nacionalidad: “*it will ensure complete equality of social and political rights to all its inhabitants irrespective of religion, race or sex; it will guarantee freedom of religion, conscience, language, education and culture*”. Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Declaration+of+Establishment+of+State+of+Israel.htm> [Consulta: 6 de mayo de 2010]. Kretzmer, David. *The Constitutional Law in israel*, op. cit., p. 45.

<sup>9</sup> Véase, H.C.J 73/53 *Kol Ha'am" Co. LTD v. Minister of Interior*, p. 18. Disponible en Web: <http://www.court.gov.il/heb/home.htm> [consulta: 10 de mayo de 2010]

<sup>10</sup> Rabin, Yoram; Shany, Yubal. “The Israeli unfinished constitutional revolution: has the time come for protecting economic and social rights?” *Israel Law Review*. Vol, 37, 2003-2004, p. 301. Suzie, Navot. *The Constitutiona Law in Israel*, op. cit., p. 200.

<sup>11</sup> Hofnung, Menachem. “The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel”. *The American Jorunal of Comparative Law*. Vol. 44, 1996, p. 588.

<sup>12</sup> Shabtai, Rosenne. *The Constitutional and Legal System of Israel*. Israel, Office of Information, 1957, pp.3-5.

<sup>13</sup> Disponible en Web: <http://www.knesset.gov.il/review/ReviewPage3.aspx?kns=0&lng=3> [Consulta: 10 de mayo de 2010]

Después el Consejo adoptó una ley que creó el Primer Parlamento (Primer *Knesset*)<sup>14</sup> quien redactaría la futura constitución. En principio esta solución no generó ningún problema y por eso el Primer Ministro de Israel David Ben Gurion, sugirió la conformación de a un Comité encargado de presentar una propuesta de Constitución<sup>15</sup>.

La adopción de una constitución supuso un extenso debate entre diferentes intereses políticos e ideológicos. Primero, el de los judíos de la Diáspora que llegaron a Israel y eran representados por Ben Gurión. Éste pensaba que el Estado apenas se estaba formando y no tenía la suficiente representatividad de todos los judíos, como para definir los principios básicos de la política de Israel en términos constitucionales. Se esperaba que llegaran a Israel judíos de varias partes del mundo en los siguientes años, entretanto si se adoptaba una constitución no sería un documento representativo de la mayoría y decidirían tan solo un grupo minoritario<sup>16</sup>.

Una segunda causa de dificultad residía en que su adopción pondría fin a la facilidad para el poder ejecutivo de gobernar sin las limitaciones de una constitución escrita, y el amplio poder para aplicar las leyes de emergencia<sup>17</sup>. En este sentido se expresó: "If the Constituent Assembly legislates a constitution, then the government will not be free to do as it likes"<sup>18</sup>.

Consideraban importante ese estado de cosas para poder resolver los problemas de seguridad que tenía el Estado. Después de superada esa

---

<sup>14</sup> La Asamblea Constituyente elegida para la creación de una constitución cambio su naturaleza, incumpliendo con el compromiso para el cual había sido designada y se constituyó como el primer parlamento israelí. Ver, Susser, Bernard. "Toward a constitution for Israel". *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 37, 1993, p. 939. Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/history/eng/eng\\_hist\\_all.htm](http://www.knesset.gov.il/history/eng/eng_hist_all.htm) [Consulta: 8 de mayo de 2010]

<sup>15</sup> Shapira, Amos. "Why Israel has not constitution, but should, and likely will, have one". *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 37, 1992-1993, pp.285-286.

<sup>16</sup> Véase entre otros autores, Yanai, Nathan. "Politics and Constitution-Making in Israel: Ben Gurion's Position in the Constitutional Debate Following the foundation of the State". En, Elazar, Daniel J. *Constitutionalism. The Israeli and American Experiences*, Jerusalem, Jerusalem Center for Public Affairs, 1990, pp. 101-112. Avnon, Dan. "The Israeli Basic Laws (potentially) fatal flaw", op. cit., pp. 536-537.

<sup>17</sup> Cohen, Barak. "Empowering Constitutionalism with the text from an Israeli perspective". *American University International Law Review*. Vol. 18, 2002-2003, pp.627-630.

<sup>18</sup> Ver, Rabinovich, Itamar; Reinharz, Jehuda (eds). *Israel in the Middle East: Documents and Reading on Society, Politics and Foreign Relations 1948*. New York, Oxford University Press, 1984, p. 101.

situación y en un ambiente tranquilo, llegaría el momento de adoptar un documento supremo que protegiera los derechos fundamentales<sup>19</sup>.

Tercero, los enfrentamientos existentes entre la población laica y religiosa<sup>20</sup> fue otro de los argumentos para no adoptar una constitución escrita. En especial por tener que discutir la decisión de si el Estado tendría carácter religioso o laico, o si el judaísmo sería la religión principal. Asimismo, la posibilidad de los judíos de todo el mundo de pertenecer al Estado sin necesidad de vivir en Israel. Los grupos religiosos rechazaron una constitución que fuera creada por los ciudadanos y no por las leyes de la Tora; en contraste con los grupos laicos que de plano rechazaron la soberanía divina<sup>21</sup>.

Cuarto, la posición de los juristas israelíes formados en Inglaterra con una tradición de supremacía parlamentaria, que no estaban de acuerdo con la adopción de un documento supraconstitucional porque lo consideraban algo anacrónico. Lo que generó temor en los diferentes grupos políticos, porque los preceptos constitucionales podrían impedir el adecuado funcionamiento gubernamental<sup>22</sup>.

El 21 de Mayo de 1948 el Knesset declaró el Estado de Emergencia en Israel que continua vigente hasta la fecha y que afecta el equilibrio existente entre la autoridad pública y la libertad individual. En estas circunstancias el poder ejecutivo y las autoridades de seguridad tienen amplios poderes para poder actuar en materia de deportaciones, detenciones y censura. En la mayoría de los casos estas actuaciones son arbitrarias y contrarias a los derechos civiles, algo totalmente inaceptable en tiempo de paz<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Shapira, Amos. "Judicial review without a constitution: The Israeli Paradox". *Temple Law Quarterly*. Vol. 56, 1983, pp.408-409.

<sup>20</sup> Vease, Sapir, Gidon. "Religion and State in Israel: The Case for Revaluation and Constitutional Entrenchment". *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 22, 1998-1999, pp. 625-627. Sager, Samuel. "Israel's Dilatory Constitution". *American Journal Comparative Law*. vol. 24, 1976, p. 92.

<sup>21</sup> Cohen, Barak. "Empowering Constitutionalism with the text from an Israeli perspective", op. cit., p. 631.

<sup>22</sup> Shapira, Amos. "Judicial review without a constitution: The Israeli Paradox", op. cit., p. 410.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 443.

Las libertades individuales son restringidas y la posibilidad y efectividad de revisión judicial de las leyes disminuyen, porque en la mayoría de los casos las medidas de restricción se justifican por la necesidad militar, como medida de protección del interés general. En estos momentos es cuando la democracia es puesta a prueba y es entonces cuando deberían prevalecer los derechos civiles sobre el interés estatal.

El Estado de Emergencia proporciona al poder ejecutivo amplios poderes para dictar normas que no cumplen con el procedimiento legislativo ordinario, y que generalmente son de competencia del Knesset. Esta competencia sólo puede ser en situaciones de emergencia y permite entre otras cosas la restricción a las libertades individuales, lo que genera la violación de los derechos fundamentales del derecho, y quebranta el principio de separación de poderes<sup>24</sup>.

Según Barak, el Estado de Emergencia supuso un problema para la definición de una constitución escrita porque se tenía que establecer un balance entre la obligación del Estado de responder a los actos violentos y preservar la seguridad, y por otra parte, la protección de los derechos humanos. La decisión que tomaron los diferentes grupos políticos era que ante la situación de guerra que se vivía era necesario tener siempre en cuenta la seguridad. De manera que una constitución de este tipo no estaría en consonancia con las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos<sup>25</sup>.

Por todas estas causas el proceso constitucional no se completó. La Asamblea Constituyente encargada de establecer una constitución escrita no lo hizo de la forma que se esperaba. Así, el 14 de febrero de 1949 y el 16 de ese mismo mes, aprobó una norma de carácter transitorio la cual llamó *Hukat Ma'avar* (constitución transitoria). Donde se deja por escrito en este documento

---

<sup>24</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., pp. 293-294.

<sup>25</sup> Barak-Erez, Daphne. "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective". *Columbia Human Rights Law Review*. 1994-1995, pp. 314-315.

considerado provisional, que la primera Asamblea Constituyente se constituiría como la Primer Knesset<sup>26</sup>.

En vista que la primera Knesset no consiguió que los grupos políticos se pusieran de acuerdo en un documento constitucional que regulará con carácter supremo la política de Israel, adoptó en su lugar un documento llamado "*Harari Resolución*". Ésta resolución determinó la creación de distintos "capítulos" los cuáles en su conjunto conformarían una Constitución.

La Resolución *Harari* fue muy ambigua porque no establecía cuál sería el procedimiento a seguir en la adopción de las leyes fundamentales. Tampoco estipuló la fecha en la que se adoptarían Las leyes Básicas y no determinó su jerarquía normativa ni la posibilidad de revisión constitucional o judicial<sup>27</sup>. La *Resolución Harari* permitió al Knesset evitar la adopción de una constitución tal como lo determinaba la Declaración de Independencia, pero a la vez, dejó abierta la posibilidad de crear una en el futuro. Esto dio lugar a la adopción de lo que se conoce en la actualidad cómo "Leyes Básicas" que vienen siendo promulgadas por el Knesset desde 1950<sup>28</sup>.

Fue sólo en el año 1986 cuando se creó un Comité Público para la redacción de la Constitución, donde se proponía la separación entre la religión y el Estado, garantizando el control judicial y la supremacía constitucional sobre otras leyes. Varios grupos presionaron en el momento de adoptar una constitución. El Estado tiene representación de los diferentes sectores sociales y dentro de estos se encuentran los partidos religiosos, que han tenido participación dentro del Knesset desde la creación del Estado. Se oponen

---

<sup>26</sup> Sager, Samuel. "Israel's Dilatory Constitution", op. cit., p. 89. Véase, Sobre el proceso constitucional véase: <http://www.knesset.gov.il/review/ReviewPage.aspx?lng=3&kns=1> [Consulta: 8 de mayo de 2010]

<sup>27</sup> Shapira, Amos. "Judicial review without a constitution: The Israeli Paradox", op. cit., p.410.

<sup>28</sup> Disponible en Web: [www.knesset.gov.il/description/eng/eng\\_mimshal\\_hoka.htm#4](http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm#4). [Consulta 8 de mayo de 2010. El compromiso se llamó *Harari Proposal*, 13 de junio de 1950. Véase, Barak Erez, Daphne. From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective, op. cit., p. 313.

firmemente a un Estado aconfesional donde exista la separación entre Estado-religión<sup>29</sup>.

No están de acuerdo en que se pueda conciliar por la vía constitucional determinados aspectos legales que hasta el momento han sido de exclusivo dominio de los tribunales religiosos, quienes regulan la vida social conforme a sus diversas leyes, con especial relación al derecho de familia.

En los años transcurridos desde la creación de Israel, los grupos laicos han tenido que hacer alianzas con los grupos religiosos o ultra religiosos del país<sup>30</sup>, con constantes concesiones hechas a éstos y el sometimiento de la población a las normas religiosas.

Por otro lado, la posición contraria de la comunidad árabe-israelí, con presencia en el parlamento, aunque no son un grupo mayoritario, sí representa una contraposición a los objetivos mayoritarios planteados por los grupos religiosos y laicos. Éstos rechazan la creación de una constitución en Israel, donde se defina el carácter religioso del mismo y representado como un Estado judío y democrático. Se oponen porque no sería el resultado de un consenso entre los diferentes grupos minoritarios presentes en Israel. Lo que beneficiaría a la población judía y excluiría a las minorías que forman parte de la población del Estado desde antes de su creación.<sup>31</sup>

El Estado de Israel reconoce el derecho de las minorías religiosas presentes en la región, sin embargo, discrimina a la población árabe israelí en distintos niveles: en el ámbito institucional, a nivel político en la toma de decisiones, servicio militar, exclusión gubernamental en el control de la propiedad de la tierra, y presencia en el poder ejecutivo y judicial<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ruth Gavison. "The controversy over Israel's bills of rights". *Israel Yearbook on Human rights*. Vol. 15, pp. 148-149.

<sup>30</sup> Los grupos Parlamentarios religiosos: Habayit Hayehudi (New National Religious Party) Shas; United Torah Judaism.

<sup>31</sup> En el Estado de Israel existen varios grupos minoritarios: musulmanes, cristianos, drusos y otros.

<sup>32</sup> En Israel nunca se ha designado a un ministro o un Juez del Tribunal Supremo árabe, como tampoco un partido árabe ha sido parte de una coalición gubernamental. Ver: Ghanem As'ad;

De acuerdo con Dowty, “It is difficult to argue (and so far no participant in this debate has argued) that Palestinian Arabs in Israel enjoy full equality with Jews either de jure (that is, in terms of constitutional and legal structures) or de facto. As a minority, they are systematically excluded from important areas of Israeli life”<sup>33</sup>. Es importante un consenso nacional donde se otorgue los mismos derechos a todos sus ciudadanos y la igualdad en todos los niveles sociales.

En 1980 se proclamó una ley del Knesset donde se cambió el sistema jurídico basado en el Derecho inglés, para entrar incorporar a éste los principios de Israel. Antes de esa fecha el sistema que regía a Israel era el *common law, judge-made law*, donde se tienen en cuenta de modo especialmente relevante las decisiones judiciales y el precedente judicial<sup>34</sup>.

Es evidente que en el transcurso de los años de existencia del Estado judío, el hecho de no haber una constitución le dio un amplio margen al gobierno y a la supremacía de las leyes del Knesset para determinar cuándo los derechos fundamentales entran en conflicto con los valores estatales. En ese ámbito se tienen en cuenta los principios de la Declaración, que aunque no es un documento vinculante, y no tiene carácter jurídico, es reconocido y respetado en todos los ámbitos sociales y judiciales.

Así, la autoridad administrativa tiene la competencia de adoptar discrecionalmente decisiones que restrinjan un derecho básico. El Tribunal Supremo de Israel (en adelante TSI) decidirá si la autoridad tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad en el momento de restringir un derecho fundamental, e hizo un adecuado equilibrio entre el interés gubernamental y el derecho restringido por un “interés general”. Los vacíos que se generaron por la falta de una declaración de derechos antes de la proclamación de las Leyes Básicas los subsanó el TSI en su jurisprudencia.

---

Rouhana, Nadim; Yiftachel, Oren. “Questioning “Ethnic Democracy”: A Response to Sammy Smooha”. *Israel Studies*. Vol. 3, nº 2, 1998, p.259.

<sup>33</sup> Dowty, Alan. “Is Israel Democratic? Substance and Semantics in the “Ethnic Democracy” Debate”. *Israel Studies*. Vol. 4, nº 2, 1999, p.3.

<sup>34</sup> Artículo 46 de la Orden del Consejo de Palestina. The Foundations of Justice Act 1980.



## **I.El caso *Kol Ha'am***

La decisión adoptada en el caso *Kol Ha'am* dio inicio al desarrollo constitucional del orden jurídico de Israel<sup>35</sup>. Por medio de su sentencia en este caso el TSI subrayó la importancia por el respeto constitucional y el establecimiento del mismo; la revisión judicial en Israel empezó con este caso. Se trata en el de la validez de una ordenanza del Ministro del interior de suspender los periódicos en hebreo y en árabe de Partidos Comunistas. La razón de la suspensión fue la publicación de artículos que critican al gobierno israelí y de acuerdo con el Ministro ponían en peligro la paz pública.

La decisión fue impugnada ante el TSI quien aceptó la reclamación y dictaminó que las órdenes de suspensión habían sido erróneamente expedidas, ordenando de manera inmediata el restablecimiento de las publicaciones y la anulación de la orden dictada. El TSI se preguntó sobre la competencia de un tribunal israelí para anular una ordenanza, por la razón de la violación de una disposición sustantiva de un derecho fundamental: Libertad de Expresión. El TSI sostuvo que de acuerdo con la ley, no está dentro de la competencia decidir sobre la cuestión de fondo en este caso, y determinar si una publicación pone en peligro la paz pública.

En esta sentencia centró su atención en la libertad individual y mostró una gran creatividad en la interpretación jurídica para proteger las libertades individuales de los actos injustificados del poder legislativo o administrativo. Se discutió sobre la importancia de proteger los derechos fundamentales como la protección a la libertad de expresión<sup>36</sup>, libertad de ocupación<sup>37</sup> en situaciones

---

<sup>35</sup> HCJ 73/53, "*Kol Ha'am*" Co. LTD v. Minister of Interior, op. cit. Ver, Pnina Lahav. "Political Censorship: Some Reflections on its Validity in Israel's Constitutional Law", *Israel Law Review*. Vol. 11, 1976, pp. 339-343.

<sup>36</sup> HCJ 73/53, "*Kol Ha'am*" Co. LTD v. Minister of Interior, op. cit., pp. 9-10.

<sup>37</sup> Ley Básica: Freedom of Occupation, promulgada en 1992 y modificada el 9 de marzo de 1994. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1990\\_1999/1994/3/Basic+Law+Freedom+of+Occupation-.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1990_1999/1994/3/Basic+Law+Freedom+of+Occupation-.htm) [Consulta: 23 de mayo 2011].

de crisis. A su vez, se defendió la libertad individual<sup>38</sup>, la libertad de religión y conciencia, la no discriminación<sup>39</sup>, etc.

En el fallo se puede ver la amplia interpretación por parte del TSI de los principios y fuentes del Derecho existentes en esa época, para proteger los derechos fundamentales que no estaban codificados en un documento constitucional. La doctrina establece que los derechos fundamentales son parte del sistema jurídico israelí, por tanto, no es necesario que estén codificados para ser reconocidos<sup>40</sup>.

A su vez, en este fallo el TSI hace un análisis de los derechos colectivos e individuales y qué hacer cuando estos entran en conflicto. Trató de buscar un “equilibrio” entre estos derechos, para que con la justificación del interés general no se puedan vulnerar los derechos individuales<sup>41</sup>. Según el TSI no estaba facultado para entrar a dirimir las posibles causas que determinan la censura de una publicación, por ser contraria a los intereses del Estado. Pero sí para determinar si la publicación representaba un riesgo nacional al ser difundida.

El TSI concluyó que sólo podía investigar si la decisión del Ministerio del Interior era arbitraria o discriminatoria y basada en consideraciones insostenibles, o fuera de los límites legales. El TSI concluye que ésta publicación no generaba un riesgo para la paz pública y la seguridad nacional. Por otra parte, dispuso que no existieran razones suficientes para la suspensión de los dos periódicos<sup>42</sup>.

Los gobiernos en los Estados democráticos reivindican la autoridad democrática, independencia y autonomía respecto a las decisiones que toman basándose en el consentimiento de la población y las elecciones libres. Que les otorgan de autoridad para dictar órdenes que deben ser cumplidas por los

---

<sup>38</sup> HCJ 73/53, “Kol Ha’am” Co. LTD v. Minister of Interior, op. cit., p. 7.

<sup>39</sup> Zysblat, Allen. “Protecting Fundamental Rights in Israel without a written Constitution”. En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*. Oxford, Clarendon Press, 1996, p.51-52

<sup>40</sup> Kretzmer, David. “The New Basics laws in Israel”. *Israel Law Review*. Vol. 26, 1992, p. 239.

<sup>41</sup> HCJ 73/53, “Kol Ha’am” Co. LTD v. Minister of Interior, op. cit., p. 11.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 33-36.

ciudadanos, pero estas órdenes deben estar siempre bajo la regla del derecho<sup>43</sup>.

Este proceso democrático está basado en la continuación de objetivos comunes que se consigue a través de un consenso público donde hay un intercambio de ideas de interés general. El Estado debe buscar los mecanismos para conseguir este objetivo de la mejor forma. En este sentido, la Libertad de Expresión en una democracia es un interés social y no un valor absoluto que puede ser restringido para proteger otros intereses públicos como: la paz y la seguridad<sup>44</sup>.

En definitiva, en *Kol Ha'am* el TSI estableció las bases para un desarrollo constitucional, y se centró en la protección de la "Libertad de Expresión" usando el término de "Democracia" para desarrollar un proyecto de ley judicial de los derechos humanos<sup>45</sup>.

### **I.El caso *Bergman***<sup>46</sup>

Al no existir una constitución el TSI ha tenido un papel importante en la protección de los derechos fundamentales que no se encontraban protegidos mediante un documento constitucional. En el caso *Bergman* fue la primera vez en que el TSI invalida una ley que había sido promulgada por el Knesset por la violación del derecho a la igualdad. Este fallo estableció un precedente judicial para la revisión judicial de las leyes que contradicen el artículo 4 de la Ley Básica: el Knesset<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Edelman, Martin. *Courts, politics, and culture in Israel*. Virginia, The University Press of Virginia, 1994, p. 33.

<sup>44</sup> Kretzmer, David. "Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 26, 1997, p. 271.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>46</sup> HCJ 98/1969 *Bergman v. Minister of finance*. Disponible en Web:

<http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 9-05-2010].

<sup>47</sup> Electoral system: 4. The Knesset shall be elected by general, national, direct, equal, secret and proportional elections, in accordance with the Knesset Elections Law; this section shall not be varied save by a majority of the members of the Knesset.

En este caso se presentaron reclamaciones ante el TSI contra una Ley de “Financiación Pública de Campaña Electoral”, que negaba la financiación para nuevos partidos políticos. El fallo fue a favor de los demandantes porque la ley no había sido aprobada por una mayoría absoluta necesaria y se infringía el derecho a la igualdad. La igualdad consagrada en la sección 4 no solo se aplica al derecho al voto, sino también al derecho a ser elegido<sup>48</sup>.

De acuerdo con la ley promulgada, la financiación solo se autorizaba a grupos políticos que estaban representados en el parlamento que concluía su mandato. El no poder financiar nuevos grupos violaba el principio de igualdad establecido en la ley. El Knesset modificó la ley para incluir la financiación de nuevos partidos políticos, y el nuevo texto fue aprobado por mayoría absoluta de los miembros del Knesset<sup>49</sup>.

### **III. Adopción de una Constitución**

La aplicación de los derechos humanos en todos los años de ocupación de los territorios ocupados (en adelante TO), ha estado supeditada a los acuerdos y decisiones políticas de cada gobierno. En este contexto también se ha debatido desde la creación del Estado de Israel la necesidad de una constitución y las ventajas que puede traer para el fortalecimiento del Estado.

El resultado también ha sido evitar la adopción de un documento constitucional por el concepto de seguridad, vinculado especialmente con la ocupación y sus repercusiones para Israel. Lo que ha generado problemas y desventajas en el momento de proteger los derechos civiles porque pueden ser suspendidos temporalmente, o desplazados por el interés general del Estado<sup>50</sup>.

En Israel el poder legislativo es soberano, algo que se observa en la supremacía que tienen las leyes del parlamento. Como resultado, no se

---

<sup>48</sup> HCJ 98/1969 *Bergman v. Minister of finance*, op. cit., pp. 7-8.

<sup>49</sup> *Ibidem.*, pp. 1-2.

<sup>50</sup> Barak-Erez, Daphne. “From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective”, op. cit., p.318.

protegen adecuadamente los derechos civiles contra los abusos de carácter administrativo por parte de las ramas del poder ejecutivo. En teoría el sistema jurídico permite la protección de los derechos humanos pero la práctica es limitada. El Knesset puede promulgar cualquier tipo de ley y darle el contenido que necesite de acuerdo a la situación que se presente en el momento de la promulgación<sup>51</sup>.

Para hablar de una verdadera protección constitucional se tendría que concluir un documento definitivo que goce de primacía sobre las leyes ordinarias- y debe establecerse un procedimiento distinto para su promulgación y modificación. Esto podría ser mediante la convocatoria de un referéndum constitucional donde haya plena participación ciudadana, y no quede a la decisión mayoritaria del Knesset, quien podría limitar de manera permanente normas que restrinjan su amplio poder en la proclamación de las leyes básicas.

Otro conflicto que se puede presentar a la hora de garantizar la protección de los derechos fundamentales en Israel, es la relación que se establece con los principios enunciados en la Declaración, como base para la protección de dichos derechos. Es necesario dejar de lado los intereses políticos y religiosos particulares en la definición de normas que protejan los derechos fundamentales, para poder garantizar una independencia real del poder judicial<sup>52</sup>.

La adopción de un documento Constitucional puede ayudar a la protección de los derechos fundamentales de toda la población en general, sin importar la religión, procedencia, pensamiento político, y demás intereses que obstaculizan un consenso nacional. Es necesario garantizar la aplicación de la normativa en tiempos de conflicto armado y la supervisión de los poderes de emergencia que tienen las autoridades del Estado<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Barak-Erez, Daphne, "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective", op. cit., pp. 318-319.

<sup>52</sup> Véase la Declaración del establecimiento del Estado de Israel. Disponible en: <http://www.mfa.gov.il/mfa/peace%20process/guide%20to%20the%20peace%20process/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel> [Consulta: 6 de junio de 2011].

<sup>53</sup> Los debates que se dieron en torno a la adopción de una constitución en Israel han sido liderados por diferentes expertos constitucionales y jueces, véase entre otros autores a favor,

De lo contrario como sostiene Dan Avnon: "...the courts are still confronted with the need to resolve dilemmas immanent in the tension between their responsibility to protect universal rights in the face of religiously Jewish political power and legislation".

## **2. Las leyes Básicas con rango constitucional**

Después de un amplio debate sobre la ausencia de una normativa constitucional, que debió ser establecida posteriormente a la creación del Estado, Amnon Rubinstein miembro del Knesset, propuso la promulgación de los derechos humanos por capítulos tal como se había hecho hasta entonces<sup>54</sup>.

Dos Leyes que protegen los derechos fundamentales fueron promulgadas: Ley Básica "Dignidad Humana y Libertad"<sup>55</sup>; Ley Básica "Libertad de Ocupación"<sup>56</sup>. A partir de la promulgación de estas leyes se dice que en el derecho israelí "empezó una nueva era constitucional"<sup>57</sup>.

### **I. Definición y características de las dos leyes básicas**

La ley Básica: Dignidad Humana y Libertad tiene como función principal la protección de la dignidad de conformidad con los valores de Israel como Estado judío-democrático. Esta ley protege de la violación a los derechos básicos con la excepción prescrita en la Sección 8: "There shall be no violation of rights under this Basic Laws except by a law befitting the values of the State

---

Shapira, Amos. "Why Israel has no constitution, but should and likely will, have one", op. cit., pp. 289-290. Gavison, Ruth. "The controversy over Israel's bills of rights", op. cit., pp. 122-124.

<sup>54</sup> Las Leyes Básicas promulgadas hasta la fecha son: [Basic Law: The Knesset \(1958\)](#). [Basic Law: Israel Lands as Basic Law: The People's Lands \(1960\)](#). [Basic Law: The President of the State \(1964\)](#). [Basic Law: The State Economy \(1975\)](#). [Basic Law: The Army \(1976\)](#). [Basic Law: Jerusalem, the Capital of Israel \(1980\)](#). [Basic Law: The Judiciary \(1984\)](#). [Basic Law: The State Comptroller \(1988\)](#) [Basic Law: The Government \(2001\)](#). Disponible en Web:

[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm) [Consulta: 8 de mayo de 2010]. Véase, Barak-Erez, Daphne. "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective", op. cit., pp. 323-324. Menachem, Elon. "The values of a Jewish and Democratic State: The Task of Reaching a Synthesis", *Human Rights Review*, January-March, 2002, p.72.

<sup>55</sup> [Basic Law: Human Dignity and Liberty \(1992\)](#).

<sup>56</sup> [Basic Law: Freedom of Occupation \(1992\) y modificada en 1994](#).

<sup>57</sup> Barak-Erez, Daphne. "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective", op. cit., p. 323.

of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required”.

Esta ley básica especifica que la protección de los derechos fundamentales en Israel son confirmados en los principios de la Declaración<sup>58</sup>, tomando como especial referencia este documento que es el reflejo de los valores del Estado judío. La ley básica de la dignidad humana se dejó de manera abierta a la interpretación de los tribunales, sin especificar cuáles serían los derechos a proteger. Hasta ahora no está definido el alcance de esta ley.

El TSI lo que hizo fue centrarse en la dignidad humana como un derecho que abarca todos los demás, entendiendo el derecho de la persona a ser libre y escoger como actuar de acuerdo a su voluntad, dentro de la sociedad que es parte<sup>59</sup>. Goza de la protección contra toda discriminación y el derecho a expresarse libremente<sup>60</sup>. Los derechos que regula esta ley son: a) derecho a la propiedad b) derecho a salir y entrar de Israel c) derecho a la intimidad y confidencialidad personal.

Hay otros derechos civiles que no se tuvieron en cuenta como: a) derecho a la igualdad b) libertad de expresión c) libertad de religión y conciencia d) libertad de asociación y reunión. Derechos que serán interpretados por los

---

<sup>58</sup> Basic principles

1. Fundamental human rights in Israel are founded upon recognition of the value of the human being, the sanctity of human life, and the principle that all persons are free; these rights shall be upheld in the spirit of the principles set forth in the Declaration of the Establishment of the State of Israel.

<sup>59</sup> H.C.J. 205/1994 *Nof v. The Minister of Defense*, p. 12. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/050/002/Z01/94002050.z01.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/050/002/Z01/94002050.z01.htm) [Consulta: 24 de junio de 2011]. En esta sentencia el TSI declara nula la parte discriminatoria del reglamento 4B del Estatuto de Defensa Civil 1990, (máscara de gas especial) aprobado por el Consejo de Asuntos Exteriores y el Comité de Defensa del Knesset, que no cumplían con la cláusula de limitación necesaria para incumplir la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad.

<sup>60</sup> Véase, Barak Aharon. “Human Rights in israel”. *Israel Law Review*. Vol. 39, nº 2, 2006, p. 33.

jueces de conformidad con las fuentes del derecho israelí y los tratados internacionales de los cuáles Israel es parte<sup>61</sup>.

Los valores del Estado judío y democrático los encontramos en la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad. Estos abarcan mucho más que simples aspectos jurídicos tienen que ver con: la política, ideología, cultura, sociedad y la religión<sup>62</sup>. Ahora bien, de acuerdo con la normativa israelí, estos derechos no son absolutos y tienden a ser analizados para su cumplimiento y es entonces cuando entran en juego los derechos colectivos, siendo necesario un estudio general que preserve el bien común. Es decir, no existe una ley de mayor jerarquía que no pueda ser suspendida por otra, en virtud de intereses estatales, o como producto de una decisión política<sup>63</sup>.

Por consiguiente, como se ha indicado esta ley protege de la violación de los derechos básicos con una excepción prescrita en la Sección 8 que dice: “except by a law befitting the values of the State of Israel, enacted for a proper purpose, and to an extent no greater than is required”.

Se puede decir que esta ley cumple con la normativa internacional que Israel ha ratificado o la que forma parte de la costumbre internacional: derechos como los que protegen contra la tortura y la esclavitud. Sin embargo, existe una excepción a su cumplimiento, y es que las Leyes Fundamentales advierten que esos derechos son relativos cuando se encuentran de por medio los intereses del Estado.

En este caso se debe tener en cuenta que los motivos para incumplir estas leyes deben ser proporcionales y es mediante un previo análisis, donde juega un papel importante el TSI de Israel para interpretar la proporcionalidad y la necesidad de los actos. Claro está que la interpretación de la ley estará

---

<sup>61</sup> Veáse, Schmidt, Yvonne. *Foundations of civil and political rights in Israel and the occupied territories*. Germany, Grin Verlag, 2001 pp. 161-162

<sup>62</sup> Elon, Menachem. “The Values of a Jewish and Democratic State: The Task of Reaching a Synthesis”. *Human Rights Review*, January-March 2002, p. 71.

<sup>63</sup> Vease, Barak, Aharon. “Human Rights in Israel”, op. cit., p. 16.



supeditada al respeto de los valores judíos del Estado, los cuáles prevalecen sobre cualquier análisis jurídico que vaya en contra de estos.

En relación con la Sección 8 de la ley Básica: Dignidad Humana y Libertad, cabe pues decir que no es una disposición acorde con una norma constitucional; su aplicabilidad se ve limitada a los principios y valores judíos, aunque no de manera necesariamente religiosos. Sin embargo, esta ley disfruta de supremacía y la legislación posterior debe ir en consonancia con la misma, conforme a la clausula de limitación<sup>64</sup>. Aquí se puede apreciar la autoridad del TSI para examinar la “constitucionalidad” de una ley promulgada posteriormente a una ley básica.

El principio de igualdad no se formuló como parte integrante de una ley fundamental, sino que se dejó a la interpretación de los tribunales. En Israel no existe una ley que haga distinción de los derechos de las personas con base a su raza, religión o grupo étnico<sup>65</sup>. La protección de este derecho no siempre se ha cumplido porque se han creado mecanismos legales que discriminan a la minoría árabe<sup>66</sup>.

La creación judicial de la noción de dignidad en el contexto constitucional de Israel se ha realizado a partir de la ley básica, en contraposición con las diferentes ideologías de los miembros religiosos del Knesset. Los grupos religiosos se oponen a este derecho porque no responde de manera absoluta a los valores judíos y a las disposiciones de la Declaración.

La interpretación de los jueces en diferentes casos que incumben este principio busca diferentes fuentes jurídicas nacionales e internacionales, que permitan garantizar este derecho. Sin embargo, esta misma ley no se aplica

---

<sup>64</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, p. 22-23.

<sup>65</sup> Kretzmer David. *Human Rights” en Cohen-Almagor, Rafael “Israeli Democracy at the Crossroads*. New York, Routledge, 2005. p. 45.

<sup>66</sup> Como por ejemplo la creación de instituciones judías que buscan promover los intereses judíos, la asignación de presupuestos en educación, construcción de vivienda pública, cultura, no es la misma entre la población árabe-israelí y judía. Las leyes aprobadas que desfavorecen a la población árabe israelí, o a su familia (leyes de reagrupación familiar). *Ibídem.*, pp. 45-47

para garantizar el principio de igualdad de la minoría árabe<sup>67</sup>. Algo contrario a una democracia occidental de un Estado que protege a todos sus nacionales. El sistema jurídico israelí declara la protección de los derechos constitucionales en igualdad para todos, pero en la misma legislación incluye regulaciones y estatutos que dan preferencia a la población judía sobre la árabe<sup>68</sup>.

En consecuencia, se puede decir que la protección de los derechos humanos y la evolución constitucional en Israel está condicionada e indudablemente ligada al conflicto palestino-israelí, lo que ha dificultado la creación de una constitución que proteja los derechos fundamentales sin ninguna restricción.

A diferencia de la Ley Básica: “Libertad de Ocupación”, “la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad” puede ser cambiada por una ley ordinaria y aunque estipula que no será suspendida o sujeta a restricciones por las leyes de emergencia, tiene una excepción: “...emergency regulations may be enacted by virtue of said section to deny or restrict rights under this Basic Law, provided the denial or restriction shall be for a proper purpose and for a period and extent no greater than is required.

Con lo cual, se puede deducir que la libertad de ocupación es más importante en Israel que la protección de los derechos fundamentales de una persona: derecho a la vida, dignidad, libertad de expresión etc. Porque prevalece el estado de emergencia cuando esto sea necesario y no exceda su objetivo. Algo que no quedó estipulado dentro de la Ley Básica, es la

---

<sup>67</sup> La identidad de Israel está relacionada con el pueblo judío, y no tiene en cuenta la ciudadanía o residencia de sus habitantes. Aunque en él viven ciudadanos de diferentes credos, la legislación se fundamenta en los valores judíos. Por tanto, es descrito como un Estado étnico constitucional: en la teoría, ideología y práctica de la exclusividad étnica. Algo que no es acorde con una democracia constitucional. Ver, Rouhana, Nadim; Ghanem, Asad. “The Crisis of Minorities in Ethnic States: The Case of Palestinian Citizens in Israel”. *International Journal of Middle East Studies*. Vol. 30, nº. 3, Aug., 1998, pp. 322-323

<sup>68</sup> Como por ejemplo, el rechazo por parte del Ministerio del Interior de otorgar residencia en Israel al cónyuge que reside en los T.O, por razones de seguridad nacional. Asimismo, la dificultad para acceder a cargos públicos en el sector privado. Acciones totalmente contrarias con la normativa internacional y el derecho israelí. Rouhana, Nadim; Ghanem, Asad. “The Crisis of Minorities in Ethnic States: The Case of Palestinian Citizens in Israel”, op. cit., pp. 328-329.

determinación cuándo se considera esa necesidad de suspender la ley por cuestiones de seguridad.

La interpretación de la regulación de los derechos civiles por parte del juez, puede dejar algunos derechos sin protección<sup>69</sup> porque la Ley “dignidad humana”, tiene varias excepciones que pueden condicionar su cumplimiento sin que se hayan especificado claramente las causas para suspenderla, lo que genera confusión a la hora de interpretarla<sup>70</sup>.

La ley básica de la Dignidad Humana y Libertad tiene rango constitucional según el TSI Sin embargo, no goza de primacía frente a otras normas, y su aplicación es limitada cuando entra en conflicto con el interés general y va en contra de los derechos colectivos o de los valores judíos. Por tanto en la práctica, no tiene el carácter de una norma de rango constitucional, ni responde a las obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos.

Esta ley básica estipula que las Fuerzas de Defensa de Israel (en adelante FDI), la policía de Israel, el servicio de prisiones y otros organismos de seguridad del Estado no pueden restringir estos derechos o condicionar su cumplimiento, excepto por una ley superior “y en una medida no mayor que la exigida por la naturaleza y el carácter del servicio”<sup>71</sup>.

Ahora bien, la validez de esta ley está sujeta a las decisiones que tome el gobierno, aunque no pueden ser modificados o suspendidos estos derechos en situaciones de emergencia, siempre hay una excepción que es el Estado de Emergencia autorizado bajo la sección 9 de la ley y la Ordenanza de

---

<sup>69</sup> Kretzmer, David. Constitutional Law, op. cit., p. 52. H.C.J 6924/98 *Association for Civil Rights in Israel v. State of Israel*. Disponible en Web:

<http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 24 de junio de 2011].

<sup>70</sup> Kretzmer, David. The New Basic laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli constitutional Law? En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. “Public Law in Israel” Oxford, Clarendon Press, 1996, p.145

<sup>71</sup> Ver, Ley básica Dignidad Humana y Libertad. op. cit., sección 9.

Administración de 1948. Bajo esta circunstancia se pueden negar o limitar los derechos siempre con un fin y en un tiempo que no sea mayor al requerido<sup>72</sup>.

Ante esta situación de emergencia, la posición oficial del gobierno es que Israel se encuentra en una situación muy delicada, porque está en un conflicto permanente luchando contra el terrorismo, y por tanto, es difícil el respeto por los derechos humanos. Además, está en la obligación de proteger a sus nacionales frente a los actos de terror cometidos contra estos, lo que hace difícil el balance entre los derechos humanos y los intereses del Estado.

El problema es que nos encontramos con un Estado que paulatinamente va restringiendo los derechos humanos de los ciudadanos y por tanto, se va alejando de ser un Estado democrático, donde priman los intereses siempre del Estado sobre los derechos de los ciudadanos.

En relación con la protección de otros derechos humanos que no están expresamente incluidos dentro de las leyes básicas, se argumenta que necesariamente se incluyen dentro del derecho de dignidad y libertad, y sin el cual no se protegería este, el de la igualdad. Es así, como respecto a otros derechos se puede interpretar que su protección está contenida en dicha ley básica. Serán protegidos mediante una amplia interpretación de la norma, y deben responder a los principios de la misma<sup>73</sup>.

El legislador no estipuló que cualquier modificación o vulneración de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad podría realizarse por otra norma de igual rango. Por tanto, una ley ordinaria puede modificar esta ley fundamental.<sup>74</sup> En este sentido, el TSI concluye que esa afirmación es una cuestión de interpretación y que el legislador definió la superioridad de ambas leyes.

Esta Ley Básica: “Libertad de Ocupación”, especifica que la protección de los derechos fundamentales en Israel es confirmada por los principios de la

---

<sup>72</sup> Barak-Erez, Daphne. “From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective”, op. cit., p. 327.

<sup>73</sup> *Ibidem.*, p. 334.

<sup>74</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., pp. 404-405.

Declaración del Establecimiento de Israel<sup>75</sup>. Esta ley básica no puede ser cambiada 'except by a Basic Law passed by a majority of the members of the Knesset'<sup>76</sup> y a diferencia de la ley Básica: "Dignidad Humana y Libertad" es de obligatorio cumplimiento incluso en situaciones de emergencia. Pero que no garantiza su protección y genera inseguridad jurídica porque esta ley puede ser modificada por una mayoría absoluta mediante acuerdos políticos, intereses personales, etc<sup>77</sup>.

La legislación ordinaria aprobada por una mayoría de los miembros del parlamento contraria a la Libertad de Ocupación que no cumple el requisito de la cláusula de limitación es inconstitucional, incluso si la norma declara expresamente que viola esta Ley Básica.

Los derechos protegidos en la Ley Básica: dignidad y libertad humanas están sujetas a la infracción sólo por medio de la cláusula de limitación, aprobada por una mayoría simple del Knesset<sup>78</sup>. Esta ley puede ser modificada por el parlamento, o derogada a través de un procedimiento legislativo ordinario, siempre y cuando se haga un balance previo sobre la necesidad de cambio o derogación. La enmienda que se hizo a la sección 8 estipula: "or by regulation enacted by virtue of express authorization in such law".

Estas dos Leyes Básicas que protegen los derechos fundamentales tiene algo en común: la cláusula de aplicación y la cláusula de limitación. También se define una tercera clausula: la de anulación que sólo aparece en la Ley Básica: Libertad de Ocupación.

---

<sup>75</sup> Basic Law: Freedom Occupation. Basic principles. 1. Fundamental human rights in Israel are founded upon recognition of the value of the human being, the sanctity of human life, and the principle that all persons are free; these rights shall be upheld in the spirit of the principles set forth in the Declaration of the Establishment of the State of Israel.

<sup>76</sup> *Ibidem.*, Section 7.

<sup>77</sup> Barak-Erez, Daphne. "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective", op. cit., p.327.

<sup>78</sup> HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., párr. (73) p. 217.

La cláusula de aplicación de la Ley Fundamental: Libertad de Ocupación dispone: 'All governmental authorities are bound to respect the freedom of occupation of all Israeli nationals and residents'<sup>79</sup>. Por otro lado, la disposición en la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad estipula la obligación por parte de las autoridades gubernamentales: 'All governmental authorities are bound to respect the rights under this Basic Law'<sup>80</sup>.

Estas disposiciones son dirigidas a todos los órganos gubernamentales, pero en especial van dirigidas a limitar las acciones del poder legislativo y la obligación que tienen de respetar los derechos humanos<sup>81</sup>. Las leyes promulgadas están dirigidas al cumplimiento de los derechos humanos.

Por tanto, la legislación ordinaria debe respetar los derechos humanos, excepto por una disposición contraria dispuesta en las Leyes Básicas. Esta ley tiene por objetivo la protección constitucional de los derechos humanos, delimitando los criterios constitucionales reflejados en las leyes fundamentales. La legislación ordinaria tiene que cumplir con estos requisitos, de lo contrario es inconstitucional<sup>82</sup>.

Si una ley cumple con los requisitos regulares tanto formales como sustantivos que define la Ley Fundamental, la ley ordinaria es constitucional. Esto expresa la idea central que los derechos humanos protegidos en las leyes básicas en términos absolutos son derechos que pueden ser vulnerados, cuando se cumpla con los criterios estipulados. La dignidad humana, la libertad, la propiedad, el movimiento, la intimidad y la libertad de ocupación no son derechos absolutos. Pueden estar sujetos a suspensión a fin de proteger el interés general.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Véase, Ley Básica: Libertad de Ocupación. Sección (5). Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm) [Consulta: 10 de junio de 2010].

<sup>80</sup> Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad. Sección (11). Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic3_eng.htm) [Consulta: 10 de junio de 2010].

<sup>81</sup> Para ver un análisis detallado sobre esta cláusula, HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op cit., párr. (69). p. 214.

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p. 215.

<sup>83</sup> *Ibidem.*, párr. (72). p. 217.

Los criterios que debe reunir una ley ordinaria que restrinja o suspenda un derecho fundamental son distintos de acuerdo a cada una de las dos leyes básicas. El derecho protegido en la Ley Básica: Libertad de Ocupación está sujeta a la infracción por dos formas.

Primero, si la legislación cumple con la cláusula de limitación, en segundo lugar, si es promulgada de conformidad con la cláusula de anulación. La legislación ordinaria que no cumple con estos requisitos es inconstitucional y no tiene validez.

La cláusula de limitación de ambas leyes básicas es una disposición de afianzamiento que tiene dos objetivos: a) la protección constitucional de los derechos humanos b) los criterios constitucionales que permitan la infracción de los derechos humanos.

Las leyes básicas que protegen los derechos humanos, con rango constitucional, a su vez, establecen los medios por los cuales el legislador puede desconocer legalmente los derechos humanos. Esto se puede observar en la relación normativa entre leyes y la legislación básica regular, al determinar unos criterios por los cuales es constitucional el incumplimiento de las leyes fundamentales<sup>84</sup>.

Así, La cláusula de aplicación común a las dos leyes básicas no es simplemente declarativa. Es una disposición sustantiva que constituye el punto principal sobre el cual depende de la estructura constitucional israelí. Esto sirve para proteger los derechos fundamentales de los conflictos permanentes entre Estado y Derechos Humanos.

Esta colisión se debe principalmente a la forma como se conformó Israel: “Estado judío”. Lo que supone un problema para los ciudadanos que no son judíos sino de otros grupos minoritarios, porque los deja en desventaja frente a

---

<sup>84</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 215.

la población judía<sup>85</sup>. Para que exista una protección plena de los derechos humanos, es necesario crear un documento constitucional que incluya las minorías en la región, otorgándoles los mismos derechos civiles que la población judía.

Las Leyes Fundamentales promulgadas no estipulan las consecuencias para una ley que lesiona un derecho básico y no cumple con los criterios establecidos en estas. Según el TSI, la tradición jurídica obliga que una ley inconstitucional sea anulada por los tribunales porque gozan de autonomía para su invalidación. Aunque en la práctica son pocas las normas invalidadas cuando entran en conflicto con una norma de relevancia constitucional<sup>86</sup>.

Hasta la fecha no se ha creado una ley que establezca la superioridad de las Leyes Básicas frente a cualquier legislación ordinaria, que responda a los intereses y valores del Estado. Como tampoco existe una legislación secundaria que proteja los derechos de: igualdad, libertad de expresión, libertad de religión, libertad de información.

Vemos cómo se da un amplio margen al juez para que interprete de acuerdo al caso, cuáles serán los derechos humanos a proteger en un determinado momento; teniendo en cuenta que en muchas ocasiones se pueden presentar situaciones que den lugar a dudas, o que se tenga que hacer un balance entre los derechos humanos y la protección de los valores del Estado.

## **II. Revisión Judicial**

La ley básica no determina la posibilidad de revisión judicial por parte del TSI que podría en determinadas situaciones limitar una ley que sea inconstitucional. No obstante, dejar a la interpretación de una persona la protección de los derechos inherentes al ser humano es difícil, porque está

---

<sup>85</sup> Barak-Erez, Daphne. "From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective", op. cit., pp. 25; 325.

<sup>86</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 222, párr. 77.



supeditado a las convicciones morales o sociales que este defiende. Algo que se ha visto claramente en el Estado israelí, cuando en algunas decisiones los magistrados se encuentran entre la obligación de proteger los derechos de las víctimas palestinas por las acciones de los militares contra éstos, y por otro lado, los valores y tradiciones de los cuales estos pertenecen.

En Israel no existe revisión judicial de la legislación porque no hay una normativa que lo estipule. Solo en determinadas situaciones se revisa la legislación promulgada que va en contra de los derechos fundamentales reconocidos por las Leyes Básicas. Las decisiones judiciales no constitucionales pocas veces son revisadas<sup>87</sup>.

Antes de la creación de las dos leyes básicas que protegen los derechos fundamentales no existía revisión judicial. Ahora con las Leyes Básicas: Dignidad Humana y Libertad; Libertad de Ocupación, el TSI inválida la legislación que contraviene estas normas, aunque no le otorgan competencia; el TSI ha cambiado esta tradición jurídica en sus sentencias<sup>88</sup>.

En Israel no existe revisión judicial de la legislación primaria, sino que las normas expedidas por el parlamento contrarias a la normativa que protege los derechos humanos, se presentan ante el TSI para que determine su constitucionalidad. Lo que en un futuro podría servir como precedente judicial a los jueces en Israel para dirimir futuros casos.

La ausencia de revisión judicial hizo que el TSI en determinados casos hiciera un análisis de la proporcionalidad de las normas dictadas por los distintos entes del gobierno contrarias al Derecho. Aunque el poder legislativo tiene la potestad de cambiar la decisión del TSI por un acto legislativo, restringiendo su capacidad de revisión. Ante esta situación, solo revisa los

---

<sup>87</sup> Breyer, Stephen. "Revisión Judicial: la perspectiva de un Juez". *Estudios Públicos*. Vol. 75, 1999, p. 54

<sup>88</sup> Vease, Jeffrey Jacobsohn, Gary. "After the Revolution". *Israel Law Review*. 34, 2000, pp. 139-140.

actos del Knesset que sean contrarios a los principios constitucionales de Israel<sup>89</sup>.

El Estado de Israel definido como un Estado judío-democrático genera un conflicto, porque en el Estado conviven diferentes grupos religiosos lo que hace difícil cumplir el derecho a la libertad de religión. Aunque en principio cada minoría tiene garantizado el respeto de sus valores religiosos, la legislación constitucional los excluye. Esto sumado al conflicto por la ocupación de la Franja de Gaza en 1967, resulta inconsistente con un discurso de respeto a los derechos humanos.

Quedan pues así dos temas planteados en la definición de Israel como un Estado judío: las leyes básicas no van dirigidas a proteger a quienes no son judíos; y la religión judía es la base del derecho constitucional. Según Kretzmer, los derechos humanos en Israel no se deben discutir sin hacer referencia a los TO. Por eso, el avance que puede tener Israel en la protección de los derechos fundamentales, es el alcanzar un acuerdo con los palestinos<sup>90</sup>.

La situación de ocupación hace que en el momento de proteger los derechos civiles siempre se tenga en cuenta la situación de emergencia que vive el Estado israelí, dejando abierta la posibilidad de vulnerar los derechos humanos en defensa del bien general. Algo que ha pasado de ser una situación temporal, a una política de Estado<sup>91</sup>.

Los derechos fundamentales que no se incluyeron en las leyes básicas: igualdad, libertad de religión y conciencia, libertad de discurso<sup>92</sup>, no fue a causa de un error sino por el peso de la religión en Israel. La oposición de los grupos religiosos era por la posible constitucionalización de algunos derechos

---

<sup>89</sup> Segal, Zeev. "A constitution without a constitution: The israelí experience and the american impact". *Capital University Law Review*. Vol, 21, nº 1, p. 18.

<sup>90</sup> Kretzmer, David. "Human Rights". En, Cohen-Almagor. *Israeli Democracy at the crossroads*, op. cit., p. 40.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.41.

<sup>92</sup> *Ibidem.*, p. 42.

de interés religioso, con especial relación al derecho de familia, y por tanto, el temor a perder esta potestad.

Estas leyes tienen en común que pueden ser modificadas o derogadas a través de un procedimiento legislativo ordinario, siempre y cuando se haga un balance previo sobre la necesidad de cambio o derogación. Las leyes básicas fueron creadas partiendo de la base de los valores judíos; no tienen carácter supremo y pueden ser modificadas por entrar en choque con los valores del Estado<sup>93</sup>.

Estos derechos civiles no tenían relevancia constitucional en Israel, no fueron una prioridad para el parlamento porque eran tomados como derechos naturales, inherentes al ser humano. A partir de 1992 los derechos fundamentales: Dignidad Humana y Libertad; Libertad de Ocupación, dejaron de ser parte de la legislación básica, para ocupar un mayor rango dentro del sistema jurídico israelí. El Juez Aharon Barak considera que a partir de la promulgación de estas Leyes Básicas Israel se convirtió en una democracia constitucional<sup>94</sup>. Donde estos derechos gozan de un rango constitucional frente a la legislación ordinaria.

Antes de 1992, la Declaración del Establecimiento del Estado de Israel se tenía en cuenta solo como un documento de interpretación. Después de la promulgación de las leyes básicas en materia de derechos humanos la situación cambió, en ambas leyes se hace referencia a esta Declaración. Ambas leyes básicas en materia de derechos humanos declaran los derechos fundamentales de una persona en Israel, sobre la base de los principios enunciados en la Declaración como un Estado judío y democrático.

No existe una legislación que determine el conflicto entre una Ley Básica y una ley ordinaria aprobada después de la promulgación de la ley

---

<sup>93</sup> Dorner, Dalia. "Does Israel have a constitution?" *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 43, 1999 pp. 1330-1331.

<sup>94</sup> Barak, Aharon. "The Constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the Basic Laws and its effect on procedural and substantive criminal law". *Israel Law Review*. Vol, 3, 1997, p.3.

fundamental. Como tampoco una definición jurídica que las distinga de la legislación ordinaria. En este sentido, el T.S es quien a través de su jurisprudencia le ha dado primacía a las leyes fundamentales sobre las leyes que vayan en contra de estas, declarando nulos sus efectos<sup>95</sup>.

Los derechos fundamentales deben ser garantizados a través de una constitución que proteja los valores democráticos incluso en momentos de crisis nacional<sup>96</sup>. Los derechos protegidos deben garantizar las libertades individuales, y no responder al particular sistema de valores arraigados en el Estado considerado como Estado Judío.

Es así como en una democracia liberal los derechos humanos son absolutos e indivisibles. La vulneración de los derechos individuales no tiene excepciones, y en un sistema democrático el respeto de estos es esencial<sup>97</sup>. En Israel, el poder legislativo tiene la facultad para hacer un balance que determine la proporcionalidad en el momento de incumplir una Ley Básica. Hasta ahora tiene absoluta competencia y discreción en la aplicación de ese balance<sup>98</sup>.

Pero en el balance relacionado con los valores del Estado como un Estado judío y democrático, no existe una claridad al respecto. Se tendría que hacer un balance entre un derecho fundamental y por otra parte, los valores del Estado judío; teniendo en cuenta que para los grupos religiosos prevalece el derecho religioso (*Halachic*) sobre los principios democráticos.

El TSI sostiene que en materia de protección de derechos fundamentales en Israel no existe ningún conflicto entre los valores del Estado de Israel como Estado judío y democrático. Según el TSI existe la igualdad para todos los ciudadanos sin distinción de: raza, religión, nacionalidad, porque los

---

<sup>95</sup> Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng\\_mimshal\\_yesod.htm](http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm) [Consulta: 12 de mayo de 2010].

<sup>96</sup> Avnon, Dan. The Israeli basic laws (potentially) fatal flaw, op. cit., p. 542.

<sup>97</sup> Para ampliar sobre el concepto Democracia Liberal veáse, Boragina, Gabriel. *La democracia*. Buenos Aires, Ediciones Libertad, Tercera edición, 2010, pp. 16-17.

<sup>98</sup> Dorner Dalia. "Does Israel has a Constitution?", op. cit., p.1331.

mecanismos de protección de este derecho se derivan de los valores del Estado judío-democrático.

Por tanto, el TSI estipula que los valores judíos responden a los intereses de la sociedad democrática en igualdad de condiciones para todos. Este principio es pilar de los derechos fundamentales en Israel y como tal, el T.S le ha dado un amplio significado en las decisiones que se han presentado ante éste.

No obstante, ante esto cabe siempre la posibilidad que los derechos humanos sean suspendidos en respuesta a la superioridad del interés estatal. Como en el caso del estado de necesidad militar, argumento al que ha recurrido el TSI en diferentes sentencias<sup>99</sup>.

Las Leyes Básicas sobre derechos humanos no constituyen en si un documento constitucional, en el concepto tradicional que lo define, pero si contribuyen a un cambio jurídico en Israel, elevando algunos derechos a la categoría constitucional. La discrecionalidad que tiene el Knesset a la hora de dirimir qué derecho prevalece sobre otro en momentos de conflicto y el choque entre estos, la puede limitar el juez mediante la interpretación<sup>100</sup>.

Algunos autores sostienen que a pesar de no haberse concluido una constitución, el Knesset tiene facultad para terminar con dicha codificación. En el evento de que no se llegue a concluir, las Leyes Básicas gozan de una fuerza normativa superior a la ley ordinaria. Para el cumplimiento de estas normas en una posible vulneración, siempre existe la posibilidad de la revisión judicial por medio del TSI.

El desarrollo constitucional en Israel se hizo a través de la jurisprudencia, por falta de un documento superior que sirviera como fuente declarativa de las

---

<sup>99</sup> *Ibidem.*, p.1335.

<sup>100</sup> Para el balance y la categorización de los derechos ver: Kathleen M. Sullivan. "Post-liberal judging: the role of categorization and balancing". *University of Colorado Law Review* Vol. 68, 1992, p. 293.

normas. Aunque la Declaración del Estado de Israel proporciona los principios básicos para la protección de los derechos humanos, no garantiza la supremacía constitucional de estos derechos. Además es un documento que refleja el carácter judío del Estado, así que no contempla los derechos de toda la población en Israel.

Uno de los motivos principales por los cuales las Leyes Básicas no son de estricto cumplimiento, y sin excepciones, es la tradición jurídica que ha prevalecido en el Estado de Israel a través de los años. De un sistema legal sin constitución en el sentido formal con amplio poder parlamentario y con presión de los grupos religiosos<sup>101</sup>.

### III. Interpretación constitucional

En el caso de Israel donde no existe una constitución o ley que determine la revisión judicial, el TSI se ha encargado de revisar la constitucionalidad de la legislación que esté en conflicto con las leyes básicas<sup>102</sup>. Cuando una ley ordinaria es contraria a una ley fundamental la ley es nula.

A través de los años se ha confirmado en algunas decisiones<sup>103</sup> la derogación de la normativa ordinaria que no cumplían con las disposiciones de las leyes básicas. En estas decisiones se protegían derechos humanos que no se encontraban aún protegidos por medio de una ley, como el principio de igualdad<sup>104</sup>. Las Leyes Básicas establecen un vínculo entre la protección de los derechos individuales y los valores del Estado de Israel “entendido como un Estado judío y democrático”. Este es el objetivo principal que define las leyes básicas creadas por el Knesset.

---

<sup>101</sup> HCJ 6821/93 *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p.76.

<sup>102</sup> Esto se planteó por primera vez en el caso: HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance*. El TSI señaló que dejaría para futuras decisiones si el conflicto entre una ley ordinaria y la Ley Fundamental es un asunto justiciable. HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., párr. (74), p. 218.

<sup>103</sup> Vease las siguientes decisiones del TSI donde confirma la superioridad de las Leyes Básicas y la competencia del T.S para decidir sobre la constitucionalidad de una ley ordinaria: HCJ 246/81, *Derech Eretz v. Broadcasting Authority*. HCJ 141/82, *Rubinstein v. Knesset Speaker*. Disponible en Web:

<http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 28 de junio de 2011].

<sup>104</sup> *Ibidem.*, HCJ 141/82, *Rubinstein v. Knesset*, pp. 17-18

Ahora bien, esa relación que se especificó en las leyes básicas genera un problema a la hora de proteger los derechos humanos por parte de los tribunales. Por un lado, garantizar la protección de los derechos individuales frente los abusos de los poderes del Estado, y que los valores del Estado estén reflejados en estos mismos derechos supone un conflicto.

Una sociedad democrática tiene unos valores que van en consonancia con los valores de todos los ciudadanos, incluyendo las minorías. El respeto por los derechos civiles se debe reflejar en una constitución escrita-que no pueda ser modificada por el Parlamento; es necesaria una separación de poderes para garantizar la protección constitucional. La protección de los derechos fundamentales debe ser garantizada por los jueces, mediante la revisión judicial<sup>105</sup>.

La estructura gubernamental reflejada en las instituciones y sus procedimientos, deben salvaguardar los principios de un Estado Democrático a través de la: separación de poderes, libertad de expresión, respeto por los derechos humanos, por el principio de igualdad. Los derechos son protegidos en función de las personas y no de los valores determinados por el Estado<sup>106</sup>.

El TSI a la hora de interpretar los preceptos de las Leyes básicas se enfrenta a al problema de la definición de la democracia porque tiene contradicciones entre si, por un lado está el carácter judío del Estado, y por otro, el carácter democrático. La democracia se cumple siempre y cuando no vaya en contra de las libertades individuales.

Según Dorner, para que haya una interpretación adecuada en la protección de los derechos fundamentales es necesario crear una armonía entre los valores democráticos y judíos, porque permiten el fortalecimiento de la sociedad israelí. Y aunque no se ha completado una constitución las Leyes

---

<sup>105</sup> Hirschl Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution". *Comparative Politics*, Vol. 33, nº 3 (Apr., 2001) p. 316

<sup>106</sup> Veáse, Avnon, Dan. "The Israeli basic laws (potentially) fatal law", op. cit., p. 542.

Básicas gozan de plena fuerza normativa<sup>107</sup>. Algunos autores en Israel consideran que las Leyes básicas no tienen un carácter constitucional, porque fueron proclamadas por un parlamento que no tenía competencia para ello.

La autoridad de la Knesset se cuestionó porque se dice que promulgó normas de carácter constitucional y abusó de su poder constituyente, porque la ley no le otorga dicha autoridad<sup>108</sup>. Además estas leyes no fueron adoptadas mediante un referéndum constitucional, y una futura Knesset podría modificar o derogar cualquier Ley Básica por medios ordinarios.

En este sentido, el juez G. Bach considera que la preocupación y los problemas relacionados con la promulgación de nuevas leyes así como sus enmiendas, serán resueltos en el transcurso del tiempo. Y esto no puede ser más importante que la facultad del Knesset como órgano legislativo, autorizado para promulgar leyes ordinarias y constitucionales que otorgan a Israel una constitución<sup>109</sup>.

El Estado israelí para garantizar los derechos fundamentales tendría que interpretar la ley de una manera más general, de tal manera, que permita un análisis global de los derechos humanos, para garantizar su protección sin supeditar estos derechos a una condición religiosa.

Liebman sostiene que la democracia puede sobrevivir en un Estado judío si la democracia significa el gobierno de la mayoría, de las libertades individuales, y los derechos de las mayorías, garantizado por la ley. Solo de esa manera la Democracia y el Estado Judío no son incompatibles<sup>110</sup>. Por el contrario, si se limita solo a los derechos humanos en el sentido interpretado por el Estado y no de manera universal, es incompatible un Estado judío con la democracia.

---

<sup>107</sup> Dorner, Dalia. "Does Israel Have a Constitution?", op. cit., p. 1335.

<sup>108</sup> Véase la opinión del magistrado Cheshin, sobre la falta de poder constituyente del Knesset, y su incapacidad para aprobar disposiciones legales. En HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 287.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 429, párr. (8).

<sup>110</sup> Liebman, Charles S. "Religion and Democracy in Israel". En, *Israeli democracy under stress*. London, Israeli Democracy Institute, 1993, pp. 286-287.



Pero la jerarquía que tienen las leyes religiosas al mismo nivel que otros derechos constitucionales, han hecho muy difícil una doctrina compatible con el respeto de los derechos fundamentales<sup>111</sup>. El TSI ha sido responsable de la “promoción e implementación de los derechos civiles” en momentos de conflicto con los principios religiosos<sup>112</sup>.

La jurisprudencia del TSI estableció un cambio dentro del sistema jurídico, marcando una nueva etapa, donde los derechos humanos entran a ser parte de la ley de Israel. En sus sentencias deja dos ideas claras sobre el Estado de Israel: es una democracia moderna que acepta los valores y mandatos en materia de derechos humanos, aceptados universalmente por los estados democráticos.

Que para lograr lo anterior ha tratado de proteger los principios constitucionales, por medio de la superioridad de las Leyes básicas y el respeto por la separación de poderes. Como también, cuando se han dictado leyes, reglamentos, disposiciones u otros, que iban en contra de los derechos humanos, ha hecho un balance entre la necesidad de dictar estas disposiciones, y los derechos vulnerados a proteger, primando los primeros sobre las decisiones gubernamentales<sup>113</sup>.

Esta noción general de revisión judicial de la legislación primaria tuvo legitimidad a partir de la proclamación en 1994 de las leyes básicas de protección de los derechos civiles. Anterior a esto, el balance de los derechos y la protección era difusa, no existían una legislación que permitiera esto<sup>114</sup>. Se hacía solo a través de los precedentes judiciales y las fuentes del sistema jurídico israelí.

---

<sup>111</sup> Elon Menachem. “The Values of a Jewish and Democratic State: The Task of Reaching a Synthesis”. *Human Rights Review*, January-March 2002, p. 40.

<sup>112</sup> Müller, Jonhannes. *Israel as a constitutional democracy? The “Constitutional Revolution” and the Hight Court of Justice in the political system of Israel*. German, Grin Verlag, 2004, p. 16.

<sup>113</sup> Itzhak, Zamir; Zysblat, Allen. *Public law in Israel*, op. cit., pp. 308-309.

<sup>114</sup> *Ibidem.*, p. 309.

Ahora bien, los derechos humanos que han sido ratificados por el Estado y han sido incorporados dentro de su sistema, o los que son parte de la costumbre internacional, son aceptados como fuente jurídica en Israel. Pero siempre que no entren a colisionar con los intereses del Estado. También forman parte del sistema jurídico las normas estatuidas dentro del Mandato Británico, reflejadas en las diferentes ordenanzas, que regulan varias ramas del derecho: derecho comercial, el derecho penal, el procedimiento penal y civil, seguidas del Mandato Británico, mediante las ordenanzas que regulan la población<sup>115</sup>.

Aunque estas fuentes y derechos no son de aplicación cuando hay una amenaza o peligro inminente para el Estado. Esta es la constante dentro del derecho israelí, la seguridad nacional, tan importante que prevalece sobre los derechos fundamentales. Algo que observa claramente cuando los estados incurren en violaciones a los derechos humanos y es motivo recurrente de justificación para su incumplimiento de la normativa internacional.

El sistema jurídico israelí ha tenido un cambio significativo en relación con los derechos humanos. Desde la creación del Estado el TSI ha ido incorporando en sus sentencias distintos derechos básicos que con el tiempo han sido aceptados por las FDI y las instituciones estatales. A partir de las leyes básicas se toman conceptos del derecho continental, mediante los procesos de codificación de las normas. No obstante, se deja de lado otra normativa internacional que serviría para garantizar la protección de los derechos.

En este sentido, en otros sistemas jurídicos prevalece la protección de los derechos humanos frente a los intereses del propio Estado. Como ejemplo se puede ver la Constitución alemana la cual empieza enumerando los derechos humanos y hace referencia al derecho a la dignidad humana, como algo de carácter inviolable. Su régimen no puede ser modificado por vía constitucional,

---

<sup>115</sup> Yadin, Uri. "Sauces and tendencies of Israel law". *University of Pennsylvania. Law Review*. Vol. 99, 1950-1951, p. 5.

a menos que exista una mayoría en el parlamento<sup>116</sup>. Este control permite que no haya una concentración de poder y un abuso democrático, algo que evidentemente falta por cambiar en Israel.

Las Leyes Básicas son frágiles, se pueden quebrantar, modificar casi en cualquier circunstancia por el Knesset, porque no se aclara cuáles son los criterios necesarios que permiten la postergación de los derechos fundamentales. Lo que representa un riesgo porque deja a discreción la protección o no de los derechos humanos.

Este es el problema que se ha enfrentado el TSI porque en el momento de la revisión judicial cuando se protegen las Leyes Básicas por encima del interés nacional, se está en el mismo sentido en una contradicción con éstas. Porque estas leyes tienen una excepción a su aplicación permitiendo su postergación o no aplicación en determinadas circunstancias que afecten al Estado. De manera que las leyes fundamentales deben garantizar su aplicación, por encima de cualquier circunstancia que pueda hacer dudar su legitimidad y superioridad<sup>117</sup>.

Ante la pasividad del Knesset para promulgar leyes fundamentales el TSI creó una jurisprudencia de derechos fundamentales y derechos procesales del debido proceso, denominados “reglas de la justicia natural” protegidos antes y después de las Leyes Básicas de 1992<sup>118</sup>. De manera que los derechos humanos en Israel han sido garantizados casi de manera exclusiva a través de la jurisprudencia de los jueces.

Sin embargo, el poder del TSI para revisar la normativa que sea contraria con los derechos fundamentales, sin infringir la supremacía parlamentaria tiene unos límites. Las Leyes Básicas al ser normas supraconstitucionales no

---

<sup>116</sup> Heringa, Aalt Willem; Kiver, Philipp. *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law*. Oxford, Intersentia Antwerpen, p. 19, 2007.

<sup>117</sup> Barak-Erez, Daphne. “From an unwritten to written constitution: The Israeli challenge in American perspective”, op. cit., p. 348.

<sup>118</sup> Rabin, Yoram; Gutfel Arnon. “Marbury v. Madison and its impact on Israeli constitutional law”. *University Miami International & Comparative Law Review*. Vol. 15, nº 2, 2007-2008, pp. 314-315.

otorgan la potestad a los tribunales para invalidar las normas promulgadas por el parlamento israelí. Esa falta de poder hace que éste no ejerza un poder absoluto. Porque al final el poder es solo interpretativo y una ley del Knesset puede limitar al TSI en su activismo<sup>119</sup>.

Se ha puesto en duda la legitimidad del TSI por su conformación y la escasa representatividad de todos los grupos minoritarios de la sociedad. Así como la legitimidad para actuar como Tribunal Constitucional. Aunque ha dirimido distintos asuntos importantes en la protección de los derechos fundamentales, el TSI no interviene en todas las decisiones que pueden ser contrarias con los principios constitucionales. Limita su alcance para evitar entrar en conflicto con las demás ramas del poder público.

En la jurisprudencia el TSI interpretó el alcance de las normas fundamentales y determinó que la limitación de revisión judicial no se aplica en caso de violación de los derechos humanos<sup>120</sup>. Ahora bien, el problema radica en la inseguridad jurídica que puede crear esa situación, al no tener una definición clara y de obligatorio cumplimiento de las Leyes Básicas en Israel, al tener una 'clausula de limitación en cada una de estas leyes.

Esta limitación fue planteada por algunos académicos israelíes que presentaron una propuesta de crear un Tribunal Constitucional, que pueda revisar los actos del Knesset y los casos que se plantea la constitucionalidad de una norma con base en los principios jurídicos del Estado<sup>121</sup>.

El desacuerdo con el TSI por su injerencia en algunos factores socio-políticos y las excepciones estipuladas en las Leyes Básicas han supuesto un problema en el momento de proteger los derechos individuales. Además el

---

<sup>119</sup> Barak, Aharon. "Human Rights in Israel". *Israel Law Review*. Vol. 39, nº 2, 2006, p.15

<sup>120</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>121</sup> Shetreet, Shimon. "Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of constitutional adjudication in Israel: a Blueprint for redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset", op. cit., p. 717.

poder de revisión sigue siendo muy difuso y sujeto a cambios en cualquier momento<sup>122</sup>

### 3. La revolución constitucional y el papel del TSI<sup>123</sup>

La promulgación de las leyes básicas de 1992 supuso un cambio dentro del sistema jurídico que hasta entonces regía en Israel, donde se estableció un balance entre los derechos de los ciudadanos y el poder gubernamental. Este balance se hace a diferencia del pasado donde prevalecía el interés general sobre los derechos fundamentales.

Ahora es al contrario, el límite lo establecen los derechos humanos sobre el poder estatal. Se puede decir que en este sentido hay un cambio en el sistema jurídico y la doctrina del T.S. La noción “Revolución Constitucional” fue divulgada por el Juez Aharon Barak<sup>124</sup>. Que supuso varios cambios en el sistema jurídico:

a) El cambio constitucional de los derechos humanos b) establecimiento constitucional de las Leyes Básicas, basadas en el reconocimiento del valor del ser humano c) La revolución constitucional se expresa en la determinación que los derechos humanos serán respetados de conformidad con los principios

---

<sup>122</sup> *Ibidem.*, p. 717.

<sup>123</sup> Para ver cuáles fueron las circunstancias que se dieron para que después de tantos años después de crearse el Estado de Israel y tantos fracasos parlamentarios para adoptar una constitución, surgieran las Leyes Básicas, Sobre la historia de la “Revolución Constitucional” véase, Gavison, Ruth. “The Controversy over Israel's Bill of Rights”, op. cit., p.113. Hirschl, Ran. “Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective”. *University Richmond Law Review*. Vol. 34, 2000, pp. 423-424. (este autor analiza la revolución constitucional que se ha generado en las nuevas democracias, comprometidas a participar en una reforma constitucional, adoptando una constitución o un proyecto de ley de derechos fundamentales, como también alguna forma de revisión judicial). Véase sobre el interés de generar una evolución constitucional y la historia que llevó a la promulgación de las Leyes Básicas, Hirschl, Ran. “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”. *Law & Society Inquiry*. Vol. 25, 2000, pp. 106-115. (Este autor sostiene que este desarrollo constitucional a partir de 1992 fue impulsado por los intereses de los grupos políticos y no por una subordinación o devoción a los derechos humanos o la unidad nacional. De manera que esto generó un establecimiento constitucional débil que no establece cómo esa Carta de Derechos se puede hacer cumplir y cuáles serían los poderes judiciales encargados de esto. Lo que no fue un resultado aislado sino por el contrario como respuesta a los intereses económicos, políticos y culturales).

<sup>124</sup> Barak, Aharon. “The Law of Israel: Past, Present, and Future”. *Hapraklit*. Vol. 43, 1997, p. 5, (en hebreo, traducción por la autora).

enunciados en la Declaración del Establecimiento del Estado de Israel d) la revisión judicial de cualquier legislación del Knesset que viola los derechos humanos protegidos.

La constitución es la norma superior de un sistema legal. De manera que cada Ley Básica constituiría un capítulo de la constitución de Israel, siempre y cuando ninguna ley regular pueda modificarla, a menos que sea por otra Ley Básica<sup>125</sup>. Algo que se busco en la promulgación de estas leyes y donde se establecieron clausulas de limitación que le otorga cierta supremacía<sup>126</sup>.

Esta revolución surgió de un proceso legislativo construido a partir del precedente judicial. Este cambio va relacionado con los derechos humanos es el resultado del desarrollo jurisprudencial en la protección de los derechos fundamentales. El precedente judicial sigue siendo una fuente del sistema jurídico israelí, en la protección de los derechos<sup>127</sup>.

El parlamento israelí no ha querido promulgar una constitución y se opone a otorgar potestad al TSI para la revisión judicial de la legislación ordinaria y constitucional. Por tanto, en Israel no se produjo una revolución judicial sino una “evolución constitucional”. Con unas leyes que están incompletas y no cumplen con las características necesarias para ser una constitución<sup>128</sup>.

Después de 1992, el poder de la mayoría parlamentaria y los grupos políticos para restringir los derechos humanos se limitó a través de la “cláusula de limitación” Ley básica dignidad humana y libertad, sec. 8. En esta clausula se reconoce por primera vez el balance entre el individuo y la sociedad. Donde

---

<sup>125</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., párr. (64), p. 210.

<sup>126</sup> Sobre la supremacía constitucional es un tema que dejó abierto y no quedó claro si sería después de la unificación de las normas en un documento constitucional o si por el contrario, se establecería esto en cada una de las Leyes Básicas. Véase, Gavison, Ruth. “The Constitutional Revolution, Description of Reality or a Self-Fulfilling Prophecy?” *Mishpatim*. Vol. 28, 1997, pp. 96, 177. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>127</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., párr. (3), p. 140.

<sup>128</sup> Rabin, Yoram; Gutfel, Amnon. “Marbury v. Madison and its impact on Israeli constitutional law impact”, op. cit., pp.325-326.

los derechos humanos hacen parte de la estructura del Estado, siendo un objetivo principal el respeto de los mismos.

A partir de la Revolución Constitucional se analiza qué hacer en momentos de tensión cuando un derecho fundamental no puede ser protegido. Por otro lado, busca proteger a la sociedad de los abusos de poder. Entendido, que esto no afecta el derecho del Estado israelí a defenderse contra actos hacia la Seguridad Estatal<sup>129</sup>.

El sistema jurídico israelí se constitucionalizó, ahora los derechos humanos forman parte de este, protegiéndolos en el ámbito público y privado. Cada una de las ramas del poder público debe adaptarse para cumplir con la normativa constitucional. En el pasado se tomaba como referencia varias fuentes jurídicas para la protección de los derechos civiles, ahora en cambio se encuentran reguladas en dos Leyes Básicas<sup>130</sup>. Sobre las razones para la formación de la constitución el TSI dijo: "A constitution is formed, generally, following an event of historic importance (independence and sovereignty; revolution, political change)"<sup>131</sup>.

Contrario a esto, Hirschel argumenta que en realidad la motivación de proclamar unos derechos fundamentales, y promover la revisión judicial, fue claramente por intereses políticos; no por el interés constitucional de crear una normativa suprema que proteja a toda la población incluyendo las minorías<sup>132</sup>. En consecuencia este autor sostiene que la protección de los derechos humanos por estas dos leyes constituyen "legal norms of preferred status"<sup>133</sup> más no un documento constitucional.

---

<sup>129</sup> Barak, Aharon. "The Constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the Basic Laws and its effect on procedural and substantive criminal law", op. cit., pp. 6-7

<sup>130</sup> *Ibidem.*, p. 7-8.

<sup>131</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 98.

<sup>132</sup> Hirschel, Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution". *Comparative Politics*, Vol. 33, nº 3 April. 2001, pp.320-323.

<sup>133</sup> *Ibidem.*, p. 325.

A partir de la promulgación de las leyes básicas los derechos gozan de una posición jurídica superior, reflejado en un documento escrito<sup>134</sup>. Es decir, el cambio de una constitución no escrita, a una escrita que garantiza la protección constitucional de los derechos civiles<sup>135</sup>. Esta revolución ha tenido influencia en las cortes de Israel en especial el TSI donde posterior a la creación de las Leyes Básicas, hizo una interpretación general de los derechos humanos<sup>136</sup> y a través de sus diferentes sentencias desarrolló el método de cómo interpretar los derechos fundamentales. Para proteger aquellos derechos que no están expresamente enunciados y no son parte del Derecho estrictamente positivo de Israel.

Otro cambio que se presenta después de 1992, es la limitación del poder del Knesset como legislador, porque ahora las leyes tendrán que ser acordes con los preceptos de las Leyes Básicas. Lo que representa para muchos autores la transformación de Israel en una democracia constitucional<sup>137</sup>, con un documento de obligatorio cumplimiento<sup>138</sup>. Aunque esto es casi siempre ha sido condicionado porque para lograr su efectividad, es necesario acudir a los tribunales para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

¿Las leyes básicas podrían ser un documento constitucional en el futuro? En eso se basa el concepto de “revolución constitucional” en el desarrollo del Estado israelí al promulgar unas leyes básicas que protegen derechos fundamentales que antes no estaban reconocidos.

---

<sup>134</sup> Müller, Jonhannes. *Israel as a constitutional democracy? The “Constitutional Revolution” and the Hight Court of Justice in the political system of Israel*, op. cit., pp. 17-18. Véase, HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., pp.354-355

<sup>135</sup> Rabin, Yoram; Shany, Yubal. “The Israeli unfinished constitutional revolution: has the time come for protecting economic and social rights?”, op. cit., pp. 310-311.

<sup>136</sup> En este sentido Alejandro Passe sostiene que es importante una interpretación conforme con el texto y la estructura constitucional, para evitar que la creatividad del juez pueda dictar soluciones arbitrarias, subjetivas, basadas en los valores y el criterio de la razonabilidad. Añade: ‘... sólo una interpretación así, alejada de otros métodos interpretativos (tales como, por ejemplo, la llamada <interpretación por valores>) es efectivamente funcional, si lo que se pretende es limitar el poder y obstaculizar los excesos de la interpretación jurídica’. Passe, Alejandro. “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”. *REDCE*, nº 2, julio-diciembre de 2004, p. 171

<sup>137</sup> Navot Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 35.

<sup>138</sup> *Ibidem.*, p. 18.



En Israel se plantean dos posibles respuestas al fenómeno constitucional y que puede avalar la importancia de las nuevas leyes básicas. La primera, Las Leyes Básicas son un comienzo a la reforma constitucional que será completada en el futuro. La segunda, es la posibilidad de interpretar la Ley Básica: Dignidad Humana y libertad de una manera amplia, que proteja aquellos derechos no incluidos porque el texto así lo permite<sup>139</sup>. En consecuencia, se podría decir que el desarrollo constitucional lo representa solo una la ley básica: Libertad de Ocupación dada la supremacía de la norma, en tanto que no puede ser cambiada sino por una mayoría del Knesset y por otra ley del mismo rango.

Ahora bien, cuando fue promulgada sí cumplía con los requisitos de una norma constitucional. Sin embargo, con la modificación que se hizo dos años después se deja la posibilidad para la promulgación de estatutos que infrinjan el derecho: libertad de ocupación. Similar al estipulado en la sección 8 de la ley básica: Dignidad Humana y Libertad.

En definitiva, lo que no se tuvo en cuenta en esta evolución constitucional es la protección de otros derechos humanos, donde se incluya los derechos de las minorías que hacen parte del Estado israelí así como la separación del Estado y la religión.

### **I. El caso *Mizrahi*<sup>140</sup>**

En este caso el TSI hace un análisis por primera vez de manera detallada sobre las Leyes Básicas como normativa de carácter constitucional. La decisión se refería a la legislación aprobada después de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad que afectó los derechos de los acreedores al cobro de los créditos en asentamientos agrícolas. Los acreedores argumentaron que la legislación violaba sus derechos de propiedad protegido en la sección 3 de la Ley Fundamental, y no cumplía con los requisitos de la sección judicial 8.

---

<sup>139</sup> Rabin, Yoram; Shany, Yubal. "The Israeli unfinished constitutional revolution: has the time come for protecting economic and social rights?", op. cit., p.326.

<sup>140</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit.

Este es uno de los primeros casos donde el TSI israelí anula una ley aprobada por el Knesset al ser inconstitucional y vulnerar los derechos fundamentales establecidos en una ley básica<sup>141</sup>. A su vez, dejó claro que las dos Leyes Básicas sobre derechos fundamentales tienen jerarquía constitucional formal, superior a la legislación ordinaria.

En *Mizrahi* se analizó la legislación aprobada después las leyes básicas. Se determinó que la Ley promulgada no infringía las leyes en vigor, sino que aplicaba solo a las leyes aprobadas después de su entrada en vigor<sup>142</sup>. El TSI estableció que la Ley de Enmienda aunque vulneró los derechos de propiedad de los acreedores, las disposiciones de esta Ley de enmienda se ajustaba a los requisitos de la sección 8 de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad<sup>143</sup>.

En esta sentencia aunque se habló de forma detallada sobre las Leyes Básicas y la superioridad de éstas sobre la legislación ordinaria, deja la posibilidad de ir en contra de un derecho fundamental cuando está en juego los intereses generales del Estado; de manera que el fin justifica los medios. El objeto de las disposiciones de Ley del Sector Agrícola era la de rehabilitar el sector agrícola judío para evitar su liquidación.

El TSI se pronunció en *Mizrahi* sobre: a) el rango constitucional de las leyes básicas b) poder constituyente del Knesset para elaborar una constitución y su autoridad legislativa c) qué hacer en caso de un conflicto entre la legislación ordinaria y las leyes de básicas<sup>144</sup>.

En este caso hay una opinión disidente del juez M. Cheshin sobre la llamada “Revolución Constitucional” porque piensa que los miembros del parlamento a la hora de la votación, no sabían del cambio que generarían estas leyes. Además la Ley Básica: Libertad de Ocupación tuvo una mayoría sin que

---

<sup>141</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p.3

<sup>142</sup> Hazan, Reuven Y. “Executive-Legislative Relations in an Era of Accelerated Reform: Reshaping Government in Israel”. *Legislative Studies Quarterly*. Vol. 22, nº 3, Aug., 1997 p. 344.

<sup>143</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 4.

<sup>144</sup> *Ibidem.*, p. 2.

presentaran oposición o abstención, a diferencia de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad aprobada por una mayoría de 32 a favor, 21 en contra y una abstención<sup>145</sup>.

El juez sostiene que en Israel antes de la proclamación de las Leyes Básicas los derechos fundamentales habían sido reconocidos previamente y se encuentran reflejados en la jurisprudencia. Los derechos humanos no se formaron en las Leyes Básicas promulgadas en Israel; la finalidad era darle una expresión legal a estos derechos. La relevancia de los derechos humanos no se otorga en las Leyes Básicas, estos derechos constitucionales son derechos formados en la costumbre internacional<sup>146</sup>.

Al hablar de una “Revolución”, se le otorga por primera vez a los derechos humanos una categoría constitucional, como si en Israel no hubieran existido hasta esa fecha. Los derechos fundamentales ya existían antes de las Leyes Básicas y por tanto, nada ha cambiado hasta ahora<sup>147</sup>. Como tal, esos derechos ya tenían relevancia y poder antes de su creación, no existía normativa que obligara a su cumplimiento, sin embargo, eran reconocidos por los tribunales y como tal se entendía su obligatoriedad. Así que las nuevas leyes no generan por tanto, un cambio.

Ahora bien, lo que sí cambió fue el poder que se le otorga al TSI para invalidar la normativa que sea contraria a las Leyes Básicas o las modifique. No se planteó si todos los tribunales de Israel son competentes para invalidar las leyes del Knesset<sup>148</sup>. Pero la tradición jurídica de Israel la del *Common Law* reconoce la competencia de los tribunales para declarar nula la legislación.

---

<sup>145</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 406.

<sup>146</sup> *Ibidem.*, p. 407.

<sup>147</sup> *Ibidem.*, p. 408.

<sup>148</sup> La facultad de ejercer el control constitucional por parte del TSI es una cuestión que sigue a la espera de una respuesta legislativa definitiva. Ver, Navot, Suzie. *The Constitutional Law of Israel*, op. cit., p. 430.

## II. Cambio en el sistema jurídico

El cambio se fundamentó en *Mizrahi*, donde el TSI reconoce las leyes básicas como un documento constitucional. Según este fallo, el reconocimiento de las leyes básicas es consecuente con la vinculación del Estado de Israel a los países democráticos, quienes tienen una estructura constitucional. Controla los actos del Estado y protege que regula los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>149</sup>.

En esta misma línea, el TSI ejerció el poder que tiene de revisión judicial, pero su decisión fue negativa a la solicitud de los demandantes. Sostiene que la Ley promulgada satisface los requisitos de la 'cláusula de limitación' para la violación de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad, es constitucional y no autoriza la derogación<sup>150</sup>.

La decisión expuso la superioridad de las Leyes Básicas sobre la legislación ordinaria, dándole un grado constitucional que antes no estaba bien definido; es la primera vez que el TSI trata la cuestión de la constitución en Israel de una manera detallada. No obstante, no hizo uso de sus propias reglas que podían cambiar de manera drástica la jurisprudencia, confirmando una vez más la inminente evolución pero dejando de lado la posibilidad de ejercer la revolución constitucional otorgada a las nuevas Leyes Básicas<sup>151</sup>.

En *Mizrahi* se ve la superioridad del parlamento israelí donde reside el centro del poder. El sistema jurídico israelí no tiene un equilibrio entre el poder ejecutivo y judicial, a pesar que el sistema judicial israelí tiene autonomía e independencia. La decisión dictada por el Tribunal del Distrito anula por primera vez una ley contraria con un derecho fundamental protegido en una Ley Básica; finalmente es anulada por el TSI al considerar constitucional la ley.

---

<sup>149</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., p. 99, párr. (61).

<sup>150</sup> *Ibidem.*, p. 414

<sup>151</sup> Rabin, Yoram; Gutfel, Amnon. "Marbury v. Madison and its impact on Israeli constitutional law impact", op. cit., pp. 327-328.

En consecuencia, aunque el TSI quisiera derogar una ley del parlamento israelí, éste puede modificar esa decisión a través de otra ley que tenga los mismos requisitos de una Ley Básica; por tanto, su autonomía es absoluta. Este cambio en el sistema jurídico no dejó claro si el Knesset tiene derecho como Asamblea Constituyente o como poder legislativo, para violar un derecho fundamental, promulgando otra Ley Básica<sup>152</sup>.

En este caso se puede ver que el TSI tiene un papel importante en el fortalecimiento de la democracia y la protección de la misma, algo que surgió después de 1992 con la proclamación de las leyes básicas, quienes le dieron facultades al TSI de actuar como una Corte Constitucional<sup>153</sup>. Aunque no está claro en las leyes básicas que el TSI tendría esta potestad, con el paso del tiempo se ha visto una creciente intervención por éste, a restringir los actos contrarios con las normas fundamentales<sup>154</sup>.

La forma de interpretar los valores del Estado de Israel como "Estado judío y democrático" supone un objetivo a futuro en la jurisprudencia del TSI de gran relevancia y que puede generar un importante desarrollo constitucional. Donde la democracia no sea solo un enunciado, si que por el contrario, un hecho en el Estado israelí.

En su jurisprudencia el TSI deberá aclarar si una ley que restringe las libertades civiles, es un propósito justo y no excede su objetivo requerido por las leyes fundamentales. Si el balance que se hace entre dos derechos fundamentales acorde con los valores judíos está en consonancia con un estado democrático.

Barak habla de la imagen del TSI dentro de la sociedad en el desarrollo de la cultura jurídica israelí y la creciente intervención en la vida política

---

<sup>152</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., op. p. 110.

<sup>153</sup> Carmi, Guy E. "A Constitutional Court in the absence of a formal constitution? On the ramifications of appointing the Israeli Supreme Court as the only Tribunal for judicial review". *Connecticut Journal International Law*. Vol. 21, 2005-2006, p. 68.

<sup>154</sup> HCJ 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, op. cit., pp. 409-410.

buscando la justicia, imparcialidad, generando confianza pública<sup>155</sup>. No obstante, sostiene que las decisiones del TSI no modifican de forma sustancial el comportamiento político y por el contrario, el alcance de la revisión judicial es un mito.

En el caso *Mizrahi* se puede observar que las dos Leyes Básicas: Dignidad Humana y Libertad y Libertad de Ocupación, cambian el reconocimiento judicial de los derechos. Los ciudadanos ya no tienen que luchar por el reconocimiento legal porque estos derechos tienen arraigo legal, constitucional que permite su protección.

Sin embargo, las dos Leyes Básicas de derechos humanos no consiguieron democratizar el régimen constitucional en Israel. Esta posición constitucional de los derechos fundamentales no generó un cambio positivo para los TO por Israel, porque en el momento de garantizar los derechos humanos se tiene en cuenta el interés nacional. No obstante, si hubo una evolución en el sistema jurídico israelí, otorgándole una posición constitucional a los derechos civiles que antes no lo tenían.

---

<sup>155</sup> Barak-Erez, Daphne. "Judicial Review of Politics: The Israeli Case". *Journal of law and Society*. Vol. 29, nº 4, December 2002, p. 611.

## CAPITULO II

### LAS NORMAS ESPECIALES ESTABLECIDAS EN LOS TERRITORIOS OCUPADOS

#### 1. Legislación como fuente del derecho

El Derecho israelí es un sistema “mixto” porque tomó como referencia distintos ordenamientos jurídicos y los adoptó de acuerdo con su ordenamiento interno. Israel tiene gran influencia del derecho Inglés con el que comparte “rasgos comunes de la ley”<sup>156</sup> que son de la tradición del “Common Law” y del derecho civil<sup>157</sup>. La legislación promulgada por el Knesset a partir de la Declaración del Estado de Israel forma parte de las fuentes del sistema israelí como “legislación primaria”<sup>158</sup> con supremacía jurídica. Desde 1950 viene promulgado leyes constitucionales y ordinarias que en determinados casos son aplicadas dentro de los TO<sup>159</sup>.

De manera general los poderes administrativos son establecidos por ley pero en otras ocasiones se puede hacer por medio de “regulaciones”. Desde que se declaró el Estado de Emergencia el Knesset está facultado para limitar o ampliar el tiempo de vigencia de las “regulaciones de emergencia” promulgadas por el Gobierno<sup>160</sup>. Esta autonomía viene desde la creación del Knesset cuya Ley Básica le otorga potestad como ente legislador e independiente para decidir sobre la promulgación de las regulaciones.

---

<sup>156</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 22.

<sup>157</sup> Véase, Lerner, Pablo. “Legal History of Israel its place in law studies”. En, Mordechai Rabello, Alfredo. *Israeli reports to the XV international Congress of Comparative Law*. Jerusalem, The Harry and Michael Sacher institute for legislative research and comparative law, Faculty of law, The Hebrew University of Jerusalem, 1999, pp. 8-9. Baker, Henry E. *The legal system of Israel*. Jerusalem, Israel Universities Press, 1968, pp.60-63.

<sup>158</sup> Sager, Samuel. *The parliamentary system of Israel*, op. cit., pp. 195-196

<sup>159</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 51

<sup>160</sup> Véase, Basic Law: the Knesset, parr. 21A. (a) Regulations that are set by a minister and that determine criminal punishment if they are violated shall not take effect unless they are approved, before being issued, by the Knesset committee responsible for the subject matter; if the committee has not decided to approve or reject the regulations within 45 days from receiving them, the regulations shall be considered as approved., op. cit.

Dentro de la “legislación primaria” se encuentran las “ordenanzas” que fueron promulgadas por el Consejo Provisional<sup>161</sup> antes de la creación del Estado de Israel. Fueron dictadas cuando estaba vigente el Mandato Británico, y se basan en los principios generales del Derecho Inglés y de sus instituciones<sup>162</sup>. Las ordenanzas y las Leyes del Knesset tienen el mismo valor normativo. El término de “ordenanza” se utiliza para distinguir la legislación promulgada en el periodo del Mandato Británico aunque haya tenido diferentes modificaciones en el transcurso de la creación de Israel.

Se puede establecer tres categorías de ordenanzas: a) Ordenanzas aprobadas por el Consejo Provisional del Estado, que permanecieron vigentes hasta la creación de la Primera Knesset b) Ordenanzas promulgadas por el Alto Comisionado Británico en el Consejo de Palestina c) Ordenanzas promulgadas por el Alto Comisionado que no hayan sido modificadas o derogadas<sup>163</sup>.

Al inicio de sus funciones el Consejo Provisional adoptó una importante decisión. La legislación dictada por el Mandato Británico permanecería vigente después de crearse el Estado de Israel, pero bajo ciertas condiciones. La primera: las ordenanzas serían modificadas después del establecimiento del Estado cuando sus disposiciones no estuvieran acordes con los valores del Estado judío y democrático<sup>164</sup>, los valores judíos y la independencia judicial. Entonces, serían contradictorias y no permanecerían vigentes<sup>165</sup>.

Se puede observar que la modificación de la normativa previa puede realizarse por la legislación israelí, lo que confirma la vigencia del principio de *lex posterior derogat priori*, que reafirma la superioridad de las leyes israelíes

---

<sup>161</sup> De conformidad con, Section 11 of the Law and Administration Ordinance: ‘The law which existed in Palestine on the 5th Iyar, 5708 (14th May, 1948) shall remain in force, insofar as there is nothing therein repugnant to this ordinance or on behalf of the Provisional Council of State, and subject to such modifications as may result from the establishment of the State and its authorities’. Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns0\\_govt-justice\\_eng.pdf](http://www.knesset.gov.il/review/data/eng/law/kns0_govt-justice_eng.pdf) [Consulta: 30 de junio de 2010].

<sup>162</sup> Manoff, Salomon. *Legislación general de Israel. Bases de su organización jurídica, política y administrativa*. Buenos Aires, Talleres Gráficos D’Uva, 1968, p. 17.

<sup>163</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 52.

<sup>164</sup> Barak, A. “Some Reflections on the Israeli Legal System and Its Judiciary”. *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 6.1, April, 2002, parr. 4. Disponible en Web: <http://www.ejcl.org/61/art61-1.html> [Consulta: 26 de mayo de 2011].

<sup>165</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 51.



sobre las “normas de Palestina” y que confirma la total independencia legislativa del nuevo Estado<sup>166</sup>.

Las modificaciones se realizaron después del Establecimiento del Estado y de sus instituciones, lo que faculta al TSI a interpretar las ordenanzas y realizar en la legislación las modificaciones específicas que permitan la ejecución de modo que no quede solo en un instrumento sin ejecución práctica. Por otra parte, los ministros tienen la potestad de dictar reglamentos con el objetivo de cumplir con las “ordenanzas” que se estipulan dentro de su ámbito de competencia, y a condición de que el gobierno los autorice a hacerlo<sup>167</sup>.

Después de la fundación del Estado de Israel, hubo una importante actividad legislativa que ha consolidado unas leyes que desarrollaron el sistema jurídico israelí, mostrando una gran tendencia a inspirarse en las soluciones del Derecho Continental<sup>168</sup>.

Cuando el Reino Unido recibió el Mandato de Palestina dispuso que el Derecho Turco anterior al 1 de Noviembre de 1914 permanecería en vigor<sup>169</sup>. Por ello, en el nuevo Derecho de Israel cualquier discrepancia normativa sería resuelto por el Common Law<sup>170</sup> y la Equidad, heredados de la tradición Británica e incorporada dentro del Derecho de palestina como fuentes complementarias<sup>171</sup>.

La legislación primaria que existía en Palestina será complementada en la práctica por la legislación secundaria. El gobierno es el Poder Ejecutivo que actúa de conformidad con las disposiciones de la ley determinadas por el poder

---

<sup>166</sup> Shabtai, Rosenne. *The constitutional and legal system of Israel*. New York, Israel office of information, 1957, p. 7.

<sup>167</sup> Véase Ley Básica: El Gobierno. Sección 33(c) 2001, op. cit.

<sup>168</sup> Daniel, Friedman. “Independent Development of Israel law”. *Israel Law Review*. Vol. 10, 1975, pp. 543-544.

<sup>169</sup> Warsof f, Louis A. “The Legal system of the state of Israel”. *New York Law Forum*. Vol. 2, 1956, p. 379.

<sup>170</sup> Barak, A. “Some Reflections on the Israeli Legal System and Its Judiciary”, op. cit., parr. 3.

<sup>171</sup> Ginossar, S. “Israel Law: components and trends”. *Israel Law Review*. Vol. 1, 1966, p. 383.

Legislativo. También tiene potestad legislativa para actuar como legislador secundario<sup>172</sup>.

Después de la ocupación de los Territorios Palestinos en 1967 se promulgaron reglamentos de emergencia que se aplican a cualquier persona ciudadana o residente en Israel, que incluye disposiciones por los delitos cometidos dentro de TO. El Gobierno controla el cumplimiento de las normas a través de sus ministerios que funcionan como autoridades administrativas. Este poder legislativo se usa para promulgar la legislación secundaria de conformidad con las atribuciones de competencia determinadas por la legislación primaria y para dictar normas en momentos de emergencia<sup>173</sup>.

Si el Gobierno comprueba que es necesario el establecimiento de un estado de Emergencia en el Estado, podrá decretarlo incluso antes de la votación del Knesset. La validez de esta declaración expirará a los 7 días desde su promulgación y puede ser ratificada por una mayoría de los miembros del Knesset. Esta declaración de Emergencia dictada por el Gobierno puede ser revocada en cualquier momento por el parlamento<sup>174</sup>.

Por otro lado, la situación de “Ocupación Militar” de los TO no es considerada por el Estado israelí como una “ocupación” sino que se refiere a los “Territorios Administrados”. Por ello ha adoptado una normativa especial para aplicar en dichos territorios, lo que cambia de manera significativa todo el contexto jurídico en la región. Dentro de la legislación aplicada se puede destacar los principios de las Leyes Básicas, las ordenanzas y regulaciones del Gobierno.

Un territorio se considera “ocupado” cuando se encuentra bajo el poder de un “ejército enemigo”<sup>175</sup>. De manera que un elemento necesario en la ocupación beligerante es el establecimiento de la “autoridad militar” que se

---

<sup>172</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., parr (79).

<sup>173</sup> *Ibidem.*, parr (53).

<sup>174</sup> Ley Básica: El Gobierno. Sección (38) 2001, op. cit.

<sup>175</sup> Un elemento necesario en la ocupación beligerante es el establecimiento de la “autoridad” del ejército enemigo. Art. 42 de la Convención (IV) de La Haya, de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

extiende a los territorios donde la autoridad se ha establecido y ejerce plenamente el control<sup>176</sup>. Otro elemento necesario en la ocupación es el “control efectivo” que se ejerza sobre la región ocupada<sup>177</sup>.

De manera que la normativa estipula que incluso en situaciones de ocupación no es necesario la resistencia armada para considerar un territorio ocupado, y se aplicará a los casos de ocupación total o parcial<sup>178</sup>. Basta con que haya un conflicto de intereses y los anteriores elementos para determinar la ocupación.

Esta flexibilidad en la normativa se orienta principalmente al objetivo de evitar que el ocupante niegue un estado de guerra o beligerante. En la actualidad el término más utilizado es el de “ocupación” que no se refiere solamente al control total del territorio sino a otro tipo de situaciones en que la población se encuentre bajo el control de un estado extranjero.

No se debe considerar excluidas las normas de ocupación beligerante por el hecho de no existir un control permanente de la región, o porque la potencia ocupante solo está en determinados momentos puntuales y no de manera constante. Es decir, para aplicar las leyes de ocupación no se necesita la existencia de una ocupación beligerante duradera ni el establecimiento de una administración militar<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Sobre la ocupación militar véase: Yutaka Arai, Takahashi. *The law of occupation: “Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 5-6.

<sup>177</sup> La esencia del derecho de ocupación se encuentra en el art. 43 de las Regulaciones de la Haya de 1907, donde se establece la naturaleza de la ocupación y los poderes que adquieren el ocupante; este artículo es la expresión del derecho consuetudinario. La jurisprudencia de los tribunales municipales ha determinado que las Regulaciones de la Haya constituyen derecho consuetudinario y por tanto, asumieron la aplicación de estas reglas. Morgenstern, Felice. “Validity of the Acts of Belligerent Occupation”. *British Year Book International Law*. Vol. 28, 1951, pp. 291-292. Véase sobre el control de Israel tanto político como militar en los T.O. En Mariño Menéndez, Fernando M. Exigencia de responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra y solución del conflicto palestino-israelí. En, Pérez González, Carmen; Escudero Alday, Rafael. *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*. Navarra, Aranzadi, 2009, p. 51.

<sup>178</sup> Artículo. 2, IV Convenio de Ginebra.

<sup>179</sup> Yutaka Arai, Takahashi. *The law of occupation: “Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights*, op. cit., p. 6.

En el caso de Israel donde en muchas ocasiones hay un enfrentamiento entre el ejército y los grupos terroristas palestinos, se restringe la aplicación de las normas establecidas para situaciones de ocupación y conducción de hostilidades. Sin embargo, esto no es una justificación para postergar o no aplicar la normativa<sup>180</sup> a la población protegida por el Derecho Internacional y tampoco modifica el status de la ocupación.

Según Roberts, incluso en situaciones de guerra donde hay enfrentamientos y actos de violencia por las fuerzas de oposición o violaciones de los derechos fundamentales del Derecho Internacional, es necesario mantener en toda su amplitud el Derecho aplicable a estas personas protegidas. Así, el gobierno ocupante debe establecer las leyes y controlar de modo que el régimen militar no cometa posibles excesos para mantener la legitimidad y el respaldo político e internacional. En todo caso el uso de la violencia y la violación de los derechos fundamentales otorga un efecto contrario al de conseguir los objetivos por medio de la fuerza y le dan legitimidad a los grupos armados y al terrorismo para continuar con los actos de terror en la región<sup>181</sup>.

El derecho internacional estipula el poder que adquiere el ocupante sobre la región ocupada impide la anexión de los territorios ocupados o el cambio del estatus político y la obligación de respetar la política, así como el mantenimiento de las instituciones existentes en la región<sup>182</sup>.

Si bien, las disposiciones de la Convención de la Haya que regulan la ocupación no estipulan que ésta no otorgue derechos de soberanía sobre el territorio ocupado. El artículo 43 tampoco establece ningún derecho soberano sino que determina que: "The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant". Así como no determina que el control efectivo implique derechos soberanos.

---

<sup>180</sup> *Ibidem.*, p. 7.

<sup>181</sup> Roberts, Adam. "The end of occupation: Iraq 2004". *International & Comparative Law Quarterly*. Vol. 54, 2005, p. 34.

<sup>182</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*. New Jersey, Princeton Universal Press, 1993, p. 3.

Los Reglamentos de la Haya no solo han impuesto límites legales en los poderes del ocupante sino que también ha concedido derechos en relación con la población. Así, los ciudadanos están en la obligación de respetar las disposiciones legales ordenadas por el ocupante, pero esa obligación de responder a estas son regulados en el derecho de ocupación más no por el derecho internacional.

Sin embargo, esos derechos otorgados al ocupante que le permiten tomar medidas necesarias para obligar al ocupado a cumplir las normas establecidas por ellos, no deben sobrepasar los límites legales establecidos por el derecho internacional<sup>183</sup>. En el siglo XX el concepto de ocupación beligerante muestra que la ocupación no es solo el resultado de una guerra sino que puede ser como consecuencia de la amenaza de uso de la fuerza, lo que permita que el gobierno amenazado conceda el control de su territorio<sup>184</sup>.

De manera que el Derecho aplicable en los TO por Israel es un conjunto normativo de diferentes órganos en el cuál se entremezclan normas del derecho interno, los Reglamentos de la Haya, IV Convenio de Ginebra, Derecho de Jordania, Derecho Sirio, Regulaciones dictadas por el gobierno militar egipcio en la Franja de Gaza, ordenes israelíes, las reglas anti-terrorista y directivas establecidas por las autoridades Británicas en la época del Mandato.

Después de la II Guerra Mundial la mayoría de los académicos coinciden en que el ocupante no tiene facultades para promulgar una legislación local ya que carece de derechos soberanos sobre la región. Si el ocupante no respeta

---

<sup>183</sup> Morgenstern, Felice. "Validity of the Acts of Belligerent Occupation", op. cit., pp. 297-298. Uno de los límites que establece el derecho internacional es la anexión del territorio por la fuerza.

<sup>184</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*, op. cit., pp.3-4. Para una descripción del tipo de variedad de ocupaciones véase: Roberts, Adam. "What is the military occupation?" *British Yearbook of International Law*. Vol. 55, 1984.

la legislación existente en el momento de ocupación esto puede ser invocado de manera retroactiva cuando termine la ocupación<sup>185</sup>.

No obstante, sí es necesario modificar la legislación previa o crear otras leyes que contribuyan al bienestar y mantenimiento de la estabilidad en la región son cambios legales que deben ir en consonancia con la IV Convención; pero que de ninguna manera implican soberanía sobre el territorio ocupado.

Dinstein tiene una posición crítica con el gobierno en relación con las medidas tomadas dentro de los TO para mantener el bienestar de la población. Sostiene que deben ser tomadas por la necesidad militar del ocupante, o por una necesidad humanitaria de la población ocupada. Para comprobar si estas acciones fueron necesarias hay que ver si potencia ocupante promulga la misma legislación para los habitantes judíos de los TO<sup>186</sup>.

## **2. Normas adoptadas por el Gobierno en ejercicio de sus poderes legislativos**

A causa de esta legislación tan variada, desde la promulgación del Estado de Emergencia el Gobierno esté autorizado para dictar regulaciones que alteren cualquier ley local de manera temporal. Puede suspender e introducir nuevas condiciones sociales, como también imponer o incrementar impuestos u otros pagos obligatorios a menos que haya otra ley contraria en vigor<sup>187</sup>.

El Gobierno en Estado de excepción puede dictar “Regulaciones de Emergencia” para la defensa del Estado y la seguridad pública, que son equivalentes a la legislación primaria; posteriormente son presentados al

---

<sup>185</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*, op. cit., p. 18.

<sup>186</sup> Dinstein, Yoram. “The legislative authority in the Occupied Territories”. *Lyuney Mishpat*. Vol. 2, 1972 pp.505-507. (en hebreo, traducción por la autora). Sin embargo, este argumento no es ampliamente aceptada porque las condiciones de los TO no son las mismas que las de la población israelí.

<sup>187</sup> Ley Básica: El Gobierno. Sección 39 (c) 2001, op. cit. Cuando las Fuerzas de Defensa ocuparon Cisjordania en 1967, ya existía un marco legal que permitía la imposición de impuestos especiales sobre productos locales e importados. Véase: H.C.J 69/81, *Abu Aita Et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, párr. 53(a) p. 145. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 28 de junio de 2011].

Consejo de Asuntos Exteriores y de Seguridad en el menor tiempo posible, después de su promulgación<sup>188</sup>.

La Ley Básica que regula lo relacionado con El Gobierno especifica que el “estado de emergencia” no puede exceder un año, algo que en la práctica no se cumple porque el Knesset lo ha venido renovando de manera regular cada año. Esta ley no estipula los requisitos necesarios para dictar el estado de emergencia<sup>189</sup> y a causa de esto, el TSI se ha abstenido de evaluar los hechos y las razones que justifiquen esta situación. Como esto afecta a los TO, en la jurisprudencia se analiza solamente los abusos y violaciones a los derechos fundamentales que se puedan generar a causa de dicha situación.

El amplio poder normativo que tiene el Gobierno para regular distintos temas está limitado, si la legislación promulgada por éste excede sus límites legales y contradice la legislación existente, puede ser anulada por los tribunales de justicia<sup>190</sup>. Aunque hasta la fecha ha sucedido en muy pocas ocasiones donde hay una contradicción con los derechos básicos y los valores del Estado de Israel<sup>191</sup>.

Las “Regulaciones de Defensa en tiempos de Emergencia” pueden modificar temporalmente o suspender una ley por razones de seguridad. Porque en otro caso, la normativa en general ordena que solo el Knesset puede cambiar otra ley<sup>192</sup>. Ahora bien, estas regulaciones de emergencia han sido objeto de recursos basados en que contradicen la normativa fundamental, o por ordenar castigos que van contra la dignidad humana.

No obstante, estas “regulaciones de emergencia” no pueden cambiar, suspender o modificar las obligaciones establecidas en algunas leyes

---

<sup>188</sup> Basic Law: The Government (2001), Section 39(A), op. cit.

<sup>189</sup> *Ibidem.*, Section 38.

<sup>190</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional law in Israel*, op. cit., p. 75.

<sup>191</sup> *Ibidem.*, p. 164.

<sup>192</sup> *Ibidem.*, p. 294. Bracha, Baruch. “Checks and Balances in a Protracted State of Emergency- The Case of Israel”. *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 33, 2003, pp. 140-142.

básicas<sup>193</sup>. Con esto se busca que se garantice la inviolabilidad de los derechos individuales o de los principios fundamentales del sistema, excepto cuando es necesario para preservar “la seguridad nacional”.

Como es el caso de la “Ordenanza de Prevención del Terror” que se dictó para prevenir la creación y las actividades de organizaciones terroristas. La calificación de un grupo como una organización terrorista no requiere una formal declaración o algún procedimiento de conformidad con la ordenanza. Algo que sin duda da lugar a que una organización particular pueda ser catalogada como terrorista. Por este motivo, su aplicación está limitada solo en tiempos de emergencia<sup>194</sup>.

Así pues, el Gobierno puede declarar a un grupo como organización terrorista sin necesidad de llevar a cabo una investigación previa que compruebe dicha acusación, si mediante un anuncio en el Boletín oficial del Estado declara la organización como grupo terrorista. La declaración puede servir en cualquier procedimiento judicial como prueba para acusar a los integrantes de la organización como terroristas, a no ser que se compruebe lo contrario<sup>195</sup>.

El Gobierno puede ejercer poderes legislativos secundarios siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos. Primero, el Knesset supervisará la “legislación secundaria”- el reglamento aprobado no entrará en vigor hasta que no haya sido aprobado por un Comité del Knesset, que dentro de 45 días decidirá su aprobación o rechazo. Ahora bien, estas disposiciones no irán en contra de una ley fundamental u otra ley respecto de esas normas<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Un ejemplo de leyes básicas que no aceptan modificaciones incluso en momentos de estado de emergencia: Ley Básica: El Knesset; Ley Básica: El poder judicial; Ley Básica: El presidente del Estado; Ley Básica: El Gobierno.

<sup>194</sup> Navot Suzie. *Constitutional Law in Israel*, op cit., pp. 296-297. Un grupo de personas puede ser considerada una organización terrorista, si dentro de sus actividades se recurre a los actos violentos, con el objetivo de causar la muerte, heridos o amenazas de cometer dichos actos.

<sup>195</sup> *Ibidem*. p. 297.

<sup>196</sup> Ley Básica: El Gobierno, Sección 45.



Segundo, durante el Estado de emergencia regulaciones especiales serán promulgadas para la defensa del Estado, la seguridad pública y el mantenimiento de los de los servicios y suministros esenciales<sup>197</sup>. En esta situación se establece los parámetros que determinan el contenido de estas regulaciones de emergencia.

Este poder legislativo otorgado al Gobierno de dictar regulaciones en estado de emergencia es equivalente a Legislación Primaria, que le permite eludir el poder Legislativo que tiene en supremacía el Knesset. Esta situación donde el poder Ejecutivo invade competencias del parlamento viola el principio de separación de poderes, lo que hace necesario la supervisión del ejercicio gubernamental<sup>198</sup>.

En la jurisprudencia Israelí se usa la interpretación de estos parámetros en un sentido amplio no solo para luchar contra las amenazas que el Estado pueda tener, sino también en situaciones de crisis que lo llevan adoptar medidas especiales para el mantenimiento de los servicios esenciales que requiera la población<sup>199</sup>.

Las regulaciones de emergencia deben ser presentadas ante la Comisión de Asuntos Exteriores y de Seguridad lo antes posible después de su promulgación. Sin embargo, la validez de las regulaciones no está supeditada a esta condición. El tiempo de vigencia de estas disposiciones es de tres meses desde la fecha de su promulgación a menos que haya sido dictada una ley que estipule lo contrario o sea revocado por el Knesset a través de una ley, o en virtud de una mayoría parlamentaria<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibidem.*, Sección 39 (a).

<sup>198</sup> Navot, Suzie. *Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 296.

<sup>199</sup> *Ibidem.*, p. 295.

<sup>200</sup> Ley Básica: El Gobierno Sección 39(f), op. cit.

El Ministro de Defensa tiene la autoridad para emitir regulaciones de emergencia de conformidad con la declaración del Estado de Emergencia<sup>201</sup> declarado por el Consejo Provisional del Estado en 1948 y que permanece vigente hasta la fecha. Bajo las regulaciones de emergencia promulgadas en 1984, se aplican 9 leyes de derecho israelí a los ciudadanos israelíes en los asentamientos de los TO. Las leyes se refieren a: Entry into Israel law 1952; Defense Services Law 1959; Chamber of Advocates Law 1961; Income Tax Ordinance 1978; Population Register Law 1965; Emergency Labour Services Law 1967; National Insurance Law 1968; Psychologists Law 1968; Emergence Regulations Extension 1981. Lo que demuestra que se creó una normativa diferente a para la población judía dentro de los TO y se desaplica el derecho de ocupación beligerante<sup>202</sup>.

### **3. Los actos jurídicos adoptados por la Administración militar: el derecho aplicable en los TO**

Después de la guerra de 1967 y la posterior ocupación de Cisjordania, Gaza y Jerusalén Este<sup>203</sup> el gobierno de Israel tomó una serie de medidas políticas, económicas, militares y gubernamentales en los TO. Es importante destacar que sobre Jerusalén<sup>204</sup> el Estado de Israel no acepta que haya una ocupación porque la considera parte del Estado y como tal, el derecho aplicado será el israelí. Sin embargo, en este sentido la Comunidad Internacional tiene otra posición: no reconoce a Jerusalén como capital del Estado israelí y por el contrario, la considera como parte de la ocupación ilegal<sup>205</sup>.

El proceso de cambio del sistema administrativo empezó al principio de la ocupación, con normas por una parte del derecho Jordano e Israelí en

---

<sup>201</sup> *Ibidem.*, Sección 37.

<sup>202</sup> Rubinstein, Amnon. "The Changing Status of the "territories" (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel", op. cit., p. 71.

<sup>203</sup> Aunque Israel no reconoce a Jerusalén como un TO sino como parte del Estado.

<sup>204</sup> Ley Básica: Jerusalem, Capital de Israel. 30 de julio de 1980. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law-+Jerusalem-+Capital+of+Israel.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law-+Jerusalem-+Capital+of+Israel.htm) [Consulta: 2 de junio de 2011].

<sup>205</sup> Varios documentos han sido dictados en torno a la ocupación ilegal de Israel véase: AG Res. 32/20 noviembre 25 de 1977. AG Res. 33/29 7 de diciembre de 1978.

Cisjordania, y del egipcio e israelí en Gaza<sup>206</sup>. Esta administración presenta dos características importantes. La primera es que después de la II Guerra Mundial se establece un Gobierno Militar en los TO distinto al marco jurídico del derecho de ocupación.

Segundo, la ocupación militar ha sido prolongada lo que genera varias preguntas al respecto, como por ejemplo si es necesario la modificación del derecho en situaciones aplicadas a la ocupación prolongada y si es así, cuáles serían los mecanismos para esto.

En los principios del derecho internacional se establece que la autoridad legislativa del área ocupada se transfiere al Gobierno Militar<sup>207</sup> que tiene la capacidad para dictar normas secundarias en materias de seguridad y delincuencia. Lo que permite a la potencia ocupante tomar las medidas de control necesarias con el fin de eliminar cualquier amenaza a la seguridad<sup>208</sup>. Los oficiales del Estado Mayor de la zona que representan los diferentes Ministerios del Gobierno también pueden dictar normas en la región ocupada<sup>209</sup>.

A lo largo de la ocupación la autoridad militar dictó diferentes órdenes para restablecer, conservar el orden público y la seguridad en la región; así como las órdenes necesarias para cubrir las demandas presentes en la región<sup>210</sup>. La Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en tiempos de Guerra de 1949, habla solo de manera general sobre el gobierno militar, aunque no lo define como tal.

---

<sup>206</sup> Shawan, Usahma Salim. *Public Administration in Palestine: past and present*. Oxford, University Press of America, 2003, p. 54.

<sup>207</sup> O de forma más precisa el comandante regional cuya autoridad legislativa deriva del derecho internacional, artículo 43 de las Regulaciones de la Haya. Rubinstein, Amnon. "The Changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel", op. cit., p. 72. Dinstein, Yoram. *The International Law of belligerent occupation*, op. cit., p. 112.

<sup>208</sup> Art. 27, IV Convención de Ginebra.

<sup>209</sup> Drori, Moshe. "The legal system in Judea and Samaria: a review of the previous decade with a glance of the future". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 8, 1978, p. 148.

<sup>210</sup> Aunque el término autoridad militar no está especificado en la Convención (IV) sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra terrestre y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Haya, 18 de octubre de 1907, si reflejan las disposiciones básicas sobre la ocupación beligerante. Ver, Sección III, art. 43.

A su vez, describe la posibilidad de extender en el tiempo estos poderes durante el transcurso de la ocupación. Pero no se habla nada sobre el gobierno militar en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativos a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados (Protocolo I)<sup>211</sup>.

Tal vez esa falta de regulación de la autoridad militar se debe a que el derecho internacional prevé la responsabilidad que tiene el gobierno ocupante<sup>212</sup> y no la autoridad militar. De tal forma que la organización del gobierno militar no la regula el derecho internacional, sino que es el propio Estado quien debe delegar estas funciones a llevar a cabo dentro del territorio ocupado, siempre de conformidad con la normativa internacional<sup>213</sup>.

Las primeras ordenes emitidas fueron la Orden No.1 y la 3 del 7 de junio de 1967<sup>214</sup> que transfirieron las competencias legales y administrativas creadas en el Gobierno de Jordania en la Rivera Occidental al Gobierno militar israelí en los TO<sup>215</sup>. Estos cambios en las nuevas políticas de ocupación trajeron consigo mayor autoridad a los comandantes del área sobre los gobiernos municipales.

Casi todos los aspectos de la vida de los palestinos han sido controlados por las regulaciones militares<sup>216</sup>. La libertad de movimiento, la entrada y salida,

---

<sup>211</sup> Véase el texto completo en: *Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, Geneva, 1974-1977. Disponible en Web: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/480?OpenDocument> [Consulta: 13 de enero de 2011].

<sup>212</sup> Los poderes de la potencia ocupante siguen siendo un debate en la actualidad y han generado diferentes puntos de vista opuestos en torno a los deberes del ocupante de asegurar y restaurar la vida civil. véase: Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*, op. cit., pp. 9-10

<sup>213</sup> Singer, Joel. "The establishment of a civil administration in the areas administered by Israel". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 12, 1982, p.261

<sup>214</sup> Para ver la reproducción en inglés de las órdenes 1 y 3 véase: singer, Joel. "The establishment of a civil administration in the areas administered by Israel", op. cit., pp.266-267.

<sup>215</sup> Véase Shahwan, Usahma Salim. "Public administration in Palestine: past and present", op. cit., pp. 45-46

<sup>216</sup> Dentro de las órdenes militares establecidas en Cisjordania se destaca la orden hacia finales de 1975, que equiparó los derechos de la mujer de participar y ser elegida en los Consejos municipales. Derecho que solo se otorgaba al hombre. Esta decisión se tomó en virtud de la necesidad de mantener el orden y preservar los derechos de la población. Para un estudio detallado sobre las órdenes militares promulgadas en la región y los cambios en la población, que según el autor podían mejorar la situación de la región, tomando como modelo el derecho israelí, véase, Drori. Moshe. "Second Municipal Elections in Judea and Samaria

licencias de conducción y licencias para vehículos, están supeditadas a la autorización militar. En definitiva, según el derecho internacional el ocupante puede intervenir en todos los aspectos de la vida<sup>217</sup> de la población ocupada.

Cada decisión militar se puede apelar ante los tribunales militares que son los que deciden la confirmación o rechazo de la petición; por consiguiente, el Estado Israelí mantiene el control y la jurisdicción sobre los TO<sup>218</sup>. Lo que ha generado a lo largo de la ocupación un control sobre el desarrollo en Cisjordania. Después de la ocupación se ejerció un manejo en general sobre las empresas de la región como la prohibición a un no residente a fundar una empresa o de ser contratado por cualquier proyecto sin haber obtenido el permiso especial de las autoridades militares<sup>219</sup>.

En la práctica el derecho de ocupación beligerante tiene poca aplicación en los TO porque el Gobierno Militar está sujeto a las disposiciones del Ministro de Defensa. Los actos legislativos o las órdenes legislativas dictadas por éste deben ser aprobados por el gobierno. De manera que el comandante regional quien representa al Gobierno Militar es un funcionario operativo de la política gubernamental. Las órdenes promulgadas por los diferentes ministerios del gobierno son aplicadas dentro de los TO por el comandante regional sin hacer ninguna modificación que se adecue a las necesidades de la región, a pesar de que éste tiene competencia exclusiva en materia legislativa sobre el TO<sup>220</sup>.

---

under Israel Administration: Legislative Changes". *Israel Law Review*. Vol, 12, 1977, pp. 527-528. Para ver la reproducción de algunas órdenes dictadas en los T.O en, <http://www.geocities.com/savepalestinenow/israelmilitaryorders/israelmilitaryorders.htm> [Consulta: 2 de febrero de 2011].

<sup>217</sup> Véase, Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August, 1874, que prevé lo siguiente: Art. 2. *The authority of the legitimate Power being suspended and having in fact passed into the hands of the occupants, the latter shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible, public order and safety.* Disponible en Web: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/135?OpenDocument> [Consulta: 13 de enero de 2011].

<sup>218</sup> Ver informe del Comité contra la Tortura: CAT/C/ISR/CO/4 23 de junio de 2009, párrafo (11). Disponible en Web: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7944.pdf> [Consulta: 29 de diciembre de 2010].

<sup>219</sup> Ver, Shehadeh, Raja. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*. Washington, Institute for Palestine Studies, 1985, p. 119.

<sup>220</sup> Rubinstein, Amnon. "The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel", op. cit., p. 73.

En definitiva, es el Gobierno de Israel a través de las oficinas militares quien legisla sobre los asuntos generales de la población ocupada en los TO y no el Gobierno Militar. Hasta la fecha, no ha existido una revisión parlamentaria de dichas disposiciones. El gobierno considera que está actuando bajo las disposiciones internacionales, aunque en la práctica no se ha revisado la legalidad de dichos actos<sup>221</sup>.

La revisión legislativa es necesaria para limitar las acciones dentro de los TO contrarias a la normativa internacional y para saber si realmente los comandantes militares actúan bajo las normas de la ocupación beligerante. Lo que permite establecer un equilibrio entre las necesidades de la población y los intereses del ocupante.

En este caso donde existe una ocupación prolongada se puede transformar la vida de la población de acuerdo con las disposiciones internacionales, y aunque no especifica qué hacer en situaciones como está, les da potestad a las autoridades para que actúen según las necesidades de mantener el bienestar de la población<sup>222</sup>.

Es importante hacer una distinción entre la ocupación militar de corto y largo tiempo, porque las disposiciones aunque son las mismas no tienen igual efectividad y pueden ser interpretadas desde un punto de vista distinto, teniendo en cuenta que en una ocupación de larga duración es necesario tomar medidas diferentes que tiendan a mejorar la situación económica y social de la población.

Así, las acciones legislativas impropias tomadas en una situación de ocupación militar de corta duración podrían ser validas en situaciones de larga ocupación<sup>223</sup>, siempre y cuando sean necesarios para el beneficio de la población local y no representen mayores cambios institucionales en la

---

<sup>221</sup> *Ibidem.*, p. 73.

<sup>222</sup> Distein, Yoram. *The International Law of belligerent occupation*, op. cit., pp. 116-117.

<sup>223</sup> Rubinstein, Amnon. The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel", op. cit., p. 76.

región<sup>224</sup>. Este planteamiento es válido siempre y cuando no existieran los asentamientos judíos porque estos entran a deslegitimar la autoridad militar y generan dudas en cuanto al beneficio de la población local o del Estado. Teniendo en cuenta que los asentamientos constituyen una extensión territorial de la jurisdicción del Estado de Israel, aunque el gobierno reivindique lo contrario.

En consecuencia, el cambio sustancial del Derecho existente en la región ocupada antes de 1967, y donde se ha establecido una legislación diferente para los habitantes de la región árabes y judíos en concreto, generó lo que los expertos denominan “enclaves law”<sup>225</sup>.

La legislación que establece una normativa para la población israelí no debe ser aplicable dentro de los TO porque Israel no tiene jurisdicción para legislar más allá de sus fronteras. No obstante, está afecta también a la población palestina en tanto que se hace una distinción legislativa entre la población palestina e israelí residente dentro de los TO. Estas disposiciones excluyen al Consejo Regional Árabe de la Región y a los representantes de las ciudades árabes, lo que incumple los Acuerdos de Camp David que disponían “plena autonomía” de los habitantes de la región<sup>226</sup>.

## **I. La Administración Civil**

Las regiones bajo ocupación fueron dirigidas por un Comandante Militar que se denominó inicialmente “Comandante Militar del Área”. Este operaba con la ayuda del Gobierno Militar y tenía bajo su responsabilidad actividades civiles como también asuntos del personal militar ordinario. Las operaciones que

---

<sup>224</sup> Dinstein, Yoram. *The International Law of belligerent occupation*, op. cit., pp. 119-120.

<sup>225</sup> Rubinstein, Amnon. The changing status of the “territories” (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel”, op. cit., p. 77

<sup>226</sup> *Ibidem.*, p. 78. Véase la descripción que el autor hace sobre los servicios ofrecidos tanto a la población palestina y judía, y la distinción en la calidad cuando van dirigidos a la población de palestina. Por ejemplo, el servicio postal y el de teléfono, proporcionado por el Ministro de Telecomunicaciones y la Corporación Bezek de Israel a los asentamientos judíos, mientras que las ciudades palestinas reciben servicios inferiores controlados por el Gobierno Militar.

llevaba a cabo estaban bajo las instrucciones del Comando de las FDI<sup>227</sup> responsables de la defensa del área y la seguridad de las tropas<sup>228</sup>.

En 1981<sup>229</sup> se decidió modificar la estructura del Gobierno Militar en Cisjordania y el Distrito de Gaza. Que funcionaba con la ayuda del Gobierno Militar donde el título de Comandante del Área sería abolido y sustituido por el Comandante de la Región encargado de todos los asuntos en materia de seguridad. Así, el Comandante en los TO nombraría un Administrador Civil comisionado para el funcionamiento de los servicios públicos, teniendo en cuenta la buena administración y el mantenimiento de la seguridad en la región.

Las razones que se dieron para el cambio estructural era para que la Administración Civil de manera gradual fuera asumiendo responsabilidades administrativas que incluían altos cargos. Lo que contribuía a mejorar la autonomía de la región<sup>230</sup>. Esto permitiría que la Administración Civil estuviera separada de los intereses militares y los del poder ejecutivo. Así podría adaptarse mejor a las necesidades de la población y los objetivos políticos del gobierno. Porque un gobierno encargado de los asuntos militares y civiles pueden tener que posponer importantes temas en materia civil, por asuntos de seguridad.

Ahora bien, la modificación de las competencias del Comandante del Área en esencia no cambiaron porque este es quien nombra al jefe de la Administración Civil, por tanto, no es independiente del gobierno sino un

---

<sup>227</sup> Dentro de sus principales tareas el garantizar la seguridad global en el Margen Occidental en coordinación con la Autoridad Palestina, luchar contra el Terrorismo, tanto dentro de Israel como más allá de sus fronteras. Disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts+About+Israel/EL+ESTADO-+Fuerzas+de+Defensa+de+Israel.htm>  
[Consulta: 1 de febrero de 2011].

<sup>228</sup> Shamgar. M. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage". En, Shamgar, Meir. *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980, The Legal Aspects*. Shamgar, Meir. (ed). Jerusalem, The Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law. Vol. I, 1982, p.23.

<sup>229</sup> Mediante la Orden N° 947 se delegó las funciones del Comandante Militar a un Jefe de Administración Civil, para separar los asuntos en materia civil y de seguridad. Para una reproducción completa de la orden militar traducida al inglés, véase: Singer, Joel. "The Stablishment of a civil administration in the areas administered by Israel", op. cit., pp. 288-289.

<sup>230</sup> *Ibidem.*, pp. 277-278.



órgano del gobierno militar. Y solo se modificó la autoridad pero los poderes y funciones quedaron iguales<sup>231</sup>.

El Comandante del Área continúa con el poder de legislador primario, poder que se extiende a los asuntos en materia civil y de seguridad. En un sistema democrático se puede distinguir quién es el responsable de la legislación primaria o secundaria, y si es el poder ejecutivo o legislativo que las dicta. Sin embargo, en los TO. esto es diferente porque todos los poderes de las tres ramas del gobierno están creados por el Comandante Militar<sup>232</sup>.

Por consiguiente, la reforma de la administración militar no trajo consigo importantes cambios y lo que hizo en definitiva fue continuar con los poderes adquiridos en el momento de la ocupación de los TO. Delegó las funciones en una nueva autoridad pero a su vez adquirió más poderes al depender este órgano directamente de la autoridad militar, y como tal, puede seguir influyendo en los asuntos civiles y de seguridad. Aunque la intención pudo ser diferente en esencia todo continuó igual.

## **II. Tribunales Militares**

De conformidad con las normas internacionales y las regulaciones de ocupación beligerante, Israel como potencia ocupante tiene la potestad para designar tribunales militares con jurisdicción sobre la población palestina en los TO<sup>233</sup>. Sólo en estos casos se permite que los civiles puedan ser juzgados por un sistema legal militar. Israel tiene tribunales militares con jurisdicción sobre todos los delitos, pero éstos fueron muy controvertidos porque no había un tribunal de apelaciones<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> Distein, Yoram. *The International Law of belligerent occupation*, op. cit., p. 56

<sup>232</sup> Singer, Joel. "The Stablishment of a civil administration in the areas administered by Israel", op. cit., pp.283-284. La ocupacion no representa un gobierno constitucional caracterizado por un balance de poderes, sino que es un gobierno provisional que toma la responsabilidad de la región y que de conformidad con el art. 43 de las Leyes de la Haya 1907, debe intentar preservar el bienestar de la población y velar por la seguridad de la región. Siempre en consonancia con los principios humanitarios que rigen en situación de ocupación militar.

<sup>233</sup> Ver, artículo 66, IV Convención de Ginebra, artículo 43 de los Reglamentos de la Haya.

<sup>234</sup> Según el derecho internacional el ocupante puede "someter a los acusados, en caso de infracciones de las disposiciones penales" a sus tribunales militares siempre y cuando no sean políticos, aunque no dispone específicamente la creación de los tribunales de apelación, pero

Sin embargo, una persona condenada podía recurrir cualquier decisión de la sentencia ante el Comandante Militar del Área para que ordenara un nuevo juicio, modificara la sentencia o absolviera al acusado<sup>235</sup>; aunque pocos fueron los casos que se fallaron a favor del imputado.

El TSI recomendó la creación de un Tribunal de apelaciones, que finalmente se creó en 1989 y que constituyó un avance en la situación legal de los territorios ocupados<sup>236</sup>, así como el cumplimiento de los convenios internacionales ratificados por el Estado israelí. Las sentencias de los Tribunales Militares pueden ser apeladas tanto por los fiscales como por los acusados<sup>237</sup>.

Los observadores internacionales consideraron que la ausencia de un tribunal de apelaciones para revisar las decisiones de los tribunales militares constituyó una violación a la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>238</sup> y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que obliga a Israel<sup>239</sup>. La ausencia de un tribunal especial facultado para las apelaciones generó un sistema débil en la aplicación de la ley y el procedimiento<sup>240</sup>.

Por otro lado, en los TO existe la opción de apelar acciones administrativas como reclamaciones oficiales, ordenes de internamiento y ordenes de detención entre otras. En caso de ser denegado tal derecho por una omisión administrativa o por un acto arbitrario es posible recurrir ante el TSI como última instancia.

---

esta establece que “preferentemente” funcionaran en el territorio ocupado. Ver, artículos 64, 66 de la IV Convención de Ginebra.

<sup>235</sup> Drori, Moshe. “The legal system in Judea and Samaria: a review of the previous decade with a glance of the future”, op. cit., p. 154.

<sup>236</sup> Peleg, Ilan. *Human rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*. New York, Syracuse, 1995, p. 77. Distein, Yoram. *The International law of belligerent occupation*, op. cit., p. 139.

<sup>237</sup> Human Rights Watch, Middle/ East Staff. *Torture and Ill Treatment. Israel's Interrogations of Palestinians from the Occupied Territories*. New York, 1994, p. 113.

<sup>238</sup> Artículo 11(1). Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

<sup>239</sup> Artículo 14(5). Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

<sup>240</sup> Peleg, Ilan. *Human Rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, op. cit., p. 78.

El derecho de apelar ante los tribunales fue sustentado por el TSI como necesario en determinadas circunstancias, incluso en situaciones de deportaciones de la región ocupada, para las que el deportado solicita una revisión de su caso, y lo que garantiza un tribunal de apelaciones independiente<sup>241</sup>.

Otro problema que se observa en el funcionamiento de los tribunales militares en los territorios es la participación del Comandante del área<sup>242</sup> en los procesos de apelaciones. No sólo es el encargado de legislar dentro de los territorios, es el representante del poder legislativo y tiene la potestad para nombrar a los funcionarios y jueces locales<sup>243</sup>, como también, puede reducir las sentencias o anular las condenas<sup>244</sup>.

Ahora bien, como el IV Convenio de Ginebra y los Reglamentos de la Haya otorgan amplios poderes a la potencia ocupante en materia judicial y no hacen alusión en cuanto al alcance de sus poderes. Por ello, es tan importante la presencia de un Tribunal de Apelaciones independiente de la autoridad militar en la región ocupada para poder resolver las controversias que se presenten, siempre con independencia judicial.

Según Benvenisti, el gobierno militar tiene poderes y autoridad no solo en materias concernientes con los asentamientos sino también en temas relacionados con los TO, en temas políticos, administrativos y en el desarrollo de la población árabe. La realidad muestra que afecta a todos los ámbitos sociales<sup>245</sup>.

La independencia judicial en los TO es difícil de mantener porque los jueces dependen del poder ejecutivo para su nombramiento y la promoción

---

<sup>241</sup> Shamgar, M. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage", op. cit., p. 51.

<sup>242</sup> Para ver la organización interna del gobierno militar y las funciones del Comandante del Área véase: Singer, Joel. *The establishment of a civil administration*, op. cit., pp. 273-276.

<sup>243</sup> Shehadeh, Raja. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*, op. cit., p.69.

<sup>244</sup> B'selem. *The Military Judicial System in the West Bank*. Jerusalem, November, 1989, op. cit., p. 9.

<sup>245</sup> Véase, Benvenisti, Meron. *The West Bank Database Project: A survey of Israel's policies*. Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, p. 14.

interna; tienen influencia de la opinión pública. En cualquier sistema legal es necesario cumplir con estos requisitos para poder garantizar la independencia de los tribunales<sup>246</sup>.

A su vez, los jueces militares y fiscales que ejercen dentro de los territorios pertenecen a las FDI y su actividad judicial es parte de su servicio. Los otros jueces son abogados nombrados por las FDI quién a su vez pueden ser despedidos por los mismos<sup>247</sup>; como también dependen de las decisiones que tome el Abogado General Militar del Estado, que decide en torno a las promociones de los funcionarios<sup>248</sup>.

Esa relación permanente entre el gobierno militar y quienes hacen parte del poder judicial en los TO son un problema en definitiva para que se pueda llevar a cabo un juicio justo e imparcial<sup>249</sup>. Lo que no permite que haya una independencia del poder judicial con otras ramas del gobierno y por tanto, no se pueden aplicar las leyes de forma equitativa para las partes en el conflicto. De manera que la independencia judicial no se aplica en este caso de ocupación militar y deja a los jueces militares como simples asesores en general.

A partir de 1982 los controles sobre la región se incrementaron y se dictaron varias órdenes que vigilan los fondos destinados a financiar proyectos de empresarios, controles en la transferencia de la moneda, apertura de cuentas fuera de los territorios, e inversión por parte de extranjeros que no sean residentes dentro del área será aprobado por las autoridades militares<sup>250</sup>.

Las órdenes militares dificultan la entrada de ayudas humanitarias porque siempre están supeditadas a la autorización militar y en la mayoría de los casos se rechaza el permiso por motivos de seguridad. Se deniega el permiso de

---

<sup>246</sup> Ver Peleg, Illan. *Human rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, op. cit., p. 75.

<sup>247</sup> Ver el funcionamiento del Sistema Judicial en Cisjordania en el informe: B'Tselem. *The Military Judicial System in the West Bank*, op. cit., p. 8.

<sup>248</sup> Peleg, Illan. *Human rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, op. cit., p. 80.

<sup>249</sup> *Ibidem.*, p. 79. Véase, Amnistía internacional. *Israel and the occupied territories: the military justice system*. New York, Amnesty international 1991, p. 17.

<sup>250</sup> Raja Shehadeh. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*, op. cit., p. 120.

salida a los palestinos que han sido juzgados por delitos “*contra la seguridad*” y que en muchos casos son insuficientes las garantías jurídicas que disponen los detenidos en su defensa. Ahora bien, en otras ocasiones se niega la entrada a cualquier miembro de un núcleo familiar que quiera entrar solo de visita a los territorios, y no se da ninguna razón justificada.

La ley de procedimiento penal israelí permite la detención de sospechosos por un máximo de 96 horas antes de comparecer ante un juez por delitos contra la seguridad<sup>251</sup>. Las garantías jurídicas que se otorguen a los detenidos son necesarias para garantizar el debido proceso y evitar casos de torturas y malos tratos. Aunque dentro de la ley de procedimiento penal de 2002, se exige que todas las etapas del interrogatorio de un sospechoso se graben por videocámara, esta exigencia no se cumple en el caso de los interrogatorios a detenidos acusados por delitos contra la seguridad<sup>252</sup>.

Otro problema que se presenta en el sistema legal militar es la forma que se lleva a cabo la negociación de los cargos penales. Un alto porcentaje de abogados sostiene que la mayoría de los casos son resueltos a través de esta forma. En la negociación de los cargos penales el detenido acepta la responsabilidad de los actos y recibe una reducción de la pena<sup>253</sup>.

Las personas acusadas en algunos casos no lo hacen por voluntad propia sino como una forma de dar por terminada su detención de una manera rápida. Una amplia mayoría de detenidos tiende a aceptar este trato en vista que le tocaría esperar detenido por muchos meses hasta que se resuelva su situación jurídica, porque no se les otorga la libertad bajo fianza pues la gran mayoría son acusados de ofensa criminales<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> CAT/C/ISR/CO/4, 23 de junio de 2009, parr. (15). Disponible en Web: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cat/> [Consulta: 30 de junio de 2011].

<sup>252</sup> El Estado justifica la exclusión de la Ley de Procedimiento Penal para los sospechosos relacionados con delitos contra la seguridad, por las limitaciones presupuestarias. *Ibidem.*, parr. (16)

<sup>253</sup> B'Tselem. *The Military Judicial System in the West Bank- Followup Report*. May 1990, p. 13. Disponible en Web:

[http://www.btselem.org/publications?date\\_filter%5Bvalue%5D%5Byear%5D=1990&tid=All](http://www.btselem.org/publications?date_filter%5Bvalue%5D%5Byear%5D=1990&tid=All) [Consulta: 30 de junio de 2011].

<sup>254</sup> *Ibidem.*, p. 13.

De manera que esto los lleva a admitir los crímenes para poder tener una prisión preventiva más corta y esperar el juicio<sup>255</sup>. Esta negociación de los cargos ha sido interpretada por algunas autoridades de los territorios como algo positivo para los detenidos, porque esa situación puede ser aplicada no solo por los tribunales militares sino fuera de ellos<sup>256</sup>. En algunas ocasiones al detenido se le niega el derecho de ver a su abogado por motivos de seguridad<sup>257</sup> y puede estar hasta 30 días sin recibir la autorización de los servicios militares si estos consideran que hay suficientes motivos de amenaza a la seguridad<sup>258</sup>.

Las decisiones militares han modificado situaciones que estaban definidas como el caso de los Consejos Municipales que eligieron a sus líderes en 1976. La relación entre los líderes elegidos y el gobierno militar generó tensiones, lo que conllevó a la renuncia de algunos funcionarios y el reemplazo de estos por personas nombradas por la autoridad militar. Al tener el manejo y poder de decisión sobre las ordenanzas que se encontraban vigentes, un sin número de órdenes militares disminuyó el área de jurisdicción de los Consejos lo que fue en detrimento del desarrollo comunitario<sup>259</sup>.

Según Drori, la autoridad militar no ha ido en detrimento de la autoridad de los consejos, por el contrario los ha fortalecido por la renovación de estos y la promulgación de varias leyes que han otorgado mayores poderes a los líderes que son vistos como verdaderos representantes municipales<sup>260</sup>.

### **III. Legislación modificada por necesidades civiles**

Dentro de las modificaciones hechas por el gobierno militar dentro de los TO está la abolición de la Pena Muerte, que era de obligatorio cumplimiento de acuerdo con la normativa local vigente en la Franja de Gaza y en Cisjordania

---

<sup>255</sup> Peleg, Illan. *Human rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, op. cit., p. 96.

<sup>256</sup> Véase, Pach, Aryeh, "Human Rights in the West Bank Military Courts", *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 7, 1977, pp. 222-52

<sup>257</sup> B'Tselem. *The Military Judicial System in the West Bank- Followup Report*, op. cit., pp. 6-7.

<sup>258</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>259</sup> Shahwan Usahma, Salim. *Public Administration in Palestine: past and present*, op. cit., p. 51.

<sup>260</sup> Ver, Drori, Moshe. "The legal system in Judea and Samaria: a review of the previous decade with a glance at the future", op., cit., p.160.

antes de 1967. Sanción que fue derogada por Israel en el momento de la ocupación por el Gobierno Militar que tomo el enfoque del Sistema Legal Israelí, y decidió que era necesario el cambio en el derecho local<sup>261</sup>.

De acuerdo con el derecho internacional no existe la prohibición de cambiar las normas punitivas que se encuentren en el momento de la ocupación beligerante, en virtud de la potestad que tiene para mantener la seguridad y la necesidad de garantizar la administración de la justicia. Todo ello sustentado en el artículo 64 de la IV Convención y el artículo 43 de los Reglamentos de la Haya. De donde deriva su competencia para modificar la legislación en general previa al momento de la ocupación.

Los tribunales locales revisan la legalidad y la validez de los actos administrativos conforme a la costumbre internacional. En lo que respecta a los oficiales israelíes estos tienen en cuenta la aplicación de las normas administrativas en cada situación<sup>262</sup>.

En caso de conflicto de la ley en la región del gobierno militar la costumbre internacional se aplica de manera diferente, porque los T.O son gobernados acorde con las normas de derecho internacional que prevén que el derecho en vigor continúa como norma válida<sup>263</sup>. El cambio o suspensión del derecho o promulgación de nuevas leyes estará acorde a las restricciones prescritas en el artículo 64 de la IV Convención y el artículo 43 de las Reglamentos de la Haya.

Los reglamentos militares se encuentran en un manual israelí que establece unas directrices legislativas que garantizan libertades básicas. Entre estas hay una relacionada con la libertad de culto en tierra santa. Orden que dispone la protección de los lugares de la destrucción o cualquier otra violación. Así como, todo aquello que puede evitar la libertad de acceso de los miembros

---

<sup>261</sup> Shamgar Meir. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage", op. cit., p. 45.

<sup>262</sup> *Ibidem.*, p. 47.

<sup>263</sup> *Ibidem.*, pp. 48-49

de diferentes religiones a los lugares sagrados y cualquiera que incumpla esta orden puede ser detenido y enviado a prisión<sup>264</sup>.

Los tribunales que tratan los asuntos relacionados con los habitantes de los TO son tribunales que administran justicia conforme al sistema jurídico en vigor antes del establecimiento del Gobierno Militar. Esta relación entre el derecho local y las órdenes dictadas por el Gobierno Militar se delimitaron en la proclamación N° 2 que resultó ser un marco constitucional a seguir dentro de los T.O.<sup>265</sup>.

Cada orden promulgada tiene prevalencia sobre el derecho local y a su vez las órdenes dictadas en materia de seguridad por el Comandante Militar de las FDI tienen prevalencia sobre las promulgadas por un comandante militar de distrito. Por tanto, se aprecia que en definitiva las decisiones tomadas en materia de seguridad dependen en última instancia del gobierno<sup>266</sup>.

Los tribunales Palestinos tienen jurisdicción territorial para llevar casos penales a ciudadanos israelíes residentes en los territorios ocupados. En materia criminal pueden ser juzgados ante tribunales militares, israelíes, dentro de los territorios o fuera de estos. No existe una ley u orden militar que estipule que un ciudadano israelí no puede ser juzgado ante un tribunal local en cuestiones penales<sup>267</sup>. Sin embargo, esto no se lleva a la práctica porque los colonos judíos no están dispuestos a ser juzgados por un tribunal palestino<sup>268</sup>.

En los TO se han llevado a cabo modificaciones a las leyes penales por necesidad de adecuar la normativa a la situación militar de la región. El Artículo 64 de la IV Convención establece que se pueden suspender las leyes penales por

---

<sup>264</sup> *Ibidem.*, pp. 49-50.

<sup>265</sup> Shamgar Meir. Shamgar Meir. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage", op. cit., p. 53

<sup>266</sup> *Ibidem.*, p. 53.

<sup>267</sup> Peleg, Ilan. *Human Rights in the West Bank and Gaza: Legacy and Politics*, op. cit., p. 76

<sup>268</sup> Para mayor información al respecto véase: Institute for Palestine Studies. *The Karp report: an Israeli government inquiry into settler violence against Palestinians on the West Bank*. Washington D.c, Institute for Palestine Studies, 1984, p. 52. (en este reporte hay un comentario sobre la investigación realizada que manifiesta una falta de claridad sobre el órgano facultado para conducir la investigación, el procedimiento y las conclusiones que resultaron de ésta.



el ocupante cuando constituya una amenaza a la seguridad y un obstáculo a la aplicación de la presente convención; estas leyes se suspenden por el periodo de la ocupación. Esto va acompañado regularmente de nuevas leyes o la modificación de las normas vigentes en el momento de la ocupación, pero esto tiene que ir acompañado por unas razones validas para el anexo de una nueva legislación.

Este artículo se considera como una ampliación o especificación a lo dispuesto en el Art. 43 de los Reglamentos de la Haya. El Art. 64 de la Convención habla solo de las leyes penales sin embargo, deja la posibilidad de promulgar una nueva legislación en consonancia con la Convención. No existe ninguna razón para deducir de este artículo que las autoridades ocupantes no están obligadas a respetar la ley civil, administrativa o constitucional del territorio ocupado<sup>269</sup>.

El primer párrafo del Artículo 64 establece dos tipos de excepción al cambio de las leyes en vigor en el momento de la ocupación: la amenaza a la seguridad del ocupante y el obstáculo para aplicar la Convención. Con el compromiso de modificar las normativa para mantener el orden y asegurar la seguridad del ocupante, siempre dentro de un sistema legal acorde con los principios y poderes otorgados jurídicamente. Si no es así, toda la legislación promulgada será vista como una alteración a la antigua normativa en todo el tiempo de la ocupación.

La necesidad militar se debe tomar como el recurso para promulgar nueva legislación y algo fundamental para que el ocupante modifique cualquier peligro o amenaza a su seguridad. Lo que puede incluir dentro de las amenazas la protección de los miembros de las fuerzas armadas o del personal administrativo que mantiene las instalaciones militares y las líneas de comunicación<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> Dinstein, Yoram. *The international law of belligerent occupation*, op. cit., p. 111.

<sup>270</sup> Artículo 27 de la IV Convención.

El ocupante toma todas las medidas necesarias para asegurar el control y la seguridad, y tiene plena discreción sobre estas. Las órdenes pueden ser: identificación de coches; prohibición de posesión de armas de fuego; prohibición de acceso a las aéreas; restricción de movimiento; toque de queda etc<sup>271</sup>.

Por consiguiente, los poderes del ocupante están limitados para introducir una legislación en nombre de la seguridad que sean contrarios a la Convención de Ginebra y los Reglamentos de la Haya. Como podría ser la promulgación de leyes penales que sancionen los delitos cometidos por la población civil ocupada y no estén codificados en la Convención.

Aunque en la lista de derechos humanos no se encuentra el derecho a la garantía judicial a un juicio justo como no derogable en situaciones de conflicto o emergencia, está consagrado en todas las convenciones<sup>272</sup> y en la Convención Americana lo estipula en los Artículos 8 y 25. Sin embargo, todos los derechos humanos están sujetos a ciertas limitaciones en el momento de su derogación.

Por otro lado, el ocupante tiene el poder de aplicar la legislación interna vigente en los TO y aplicar aquellos tratados ratificados por este, o los dispuestos por el Derecho Internacional de los Conflictos armados, así como aquellos derechos humanos que incluso en tiempos de guerra o en situaciones de emergencia no pueden ser derogados<sup>273</sup>.

Aunque no se encuentra estos derechos humanos reconocidos en una sola convención que especifique su aplicación en tiempos de guerra se puede tomar como referencia las siguientes convenciones: Artículo 4(2) del PIDCP. Así mismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos estipula en el Artículo

---

<sup>271</sup> Distein, Yoram. *The international law of belligerent occupation*, op. cit., p.112.

<sup>272</sup> DUDH, (artículos 10, 11); PIDCP, (artículos 8, 25); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 6).

<sup>273</sup> Artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. Del PIDCP.

15(2) la protección de otros derechos humanos, y en el Artículo 27(2) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### IV. Tributación

Como ejemplo de la posible competencia del TSI en asuntos que afectan a la población civil, sería el de los impuestos cobrados para el mejoramiento de los servicios públicos o el desarrollo económico en los Territorios. En este caso sería un asunto en concreto que afectaría de manera directa a la población. Aunque el tema de los impuestos más bien ha beneficiado a la autoridad militar para que de esta forma tenga un control sobre la población de los TO, sin reflejar un cambio sustancial en la calidad de vida de los mismos.

La autoridad militar tomó como fuente normativa para la imposición tributaria los impuestos que se encontraban en vigor en el momento de la ocupación: impuesto sobre la renta, impuesto de Propiedad Municipal, Impuesto a los negocios, impuesto sobre bienes inmuebles rurales, impuesto a la propiedad de Estructuras Industriales. El impuesto de bienes inmuebles sobre todo en propiedades rurales se ha visto afectado en los años de ocupación<sup>274</sup>.

En las normas consuetudinarias en el derecho internacional público no existe la prohibición para hacer modificaciones legislativas en el derecho existente al momento de la ocupación. A su vez, no se ha observado una práctica contraria al art. 49 de los Reglamentos de la Haya de 1907, que permite al ocupante recaudar otras contribuciones diferentes a los impuestos

---

<sup>274</sup> La autoridad para cobrar impuestos la otorga la Ley de ingresos de impuestos de Jordania Nº25 de 1964 y las ordenes militares sobre el cobro de multas, peajes, y honorarios. De acuerdo con la autoridad militar son impuestos necesarios para el beneficio de los territorios administrados y la población local. En el pago de los impuestos las autoridades israelíes hacen una distinción entre los ciudadanos israelíes y palestinos. En la Franja de Gaza los impuestos que la población palestina paga es mucho mayor que la Israelí. Véase los siguientes autores que hablan sobre el pago de impuestos en los T.O: Sabri, Nidal. "The Effects of Taxes Imposed on the Population of the Occupied Palestinian Territories". En, *Paper presented at the Seminar on Living Conditions of the Palestinian People*. Organized by Habitat in Vienna, March, 1995. Fawzi, 'Abd-Al-Munim. "Tax Systems" Cairo, 1973, p. 29. Playfar, Enma. *International law and the Administration of Occupied Territories*. Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 381-383.

previstos, siempre y cuando esto sea por la necesidad del ejercito militar o en beneficio de la administración del territorio ocupado<sup>275</sup>.

Ahora bien, la potencia ocupante no necesariamente tiene que cobrar impuestos en el territorio ocupado pero si lo hace está sometido a tiene unas limitaciones para llevar a cabo este objetivo. Los principios a seguir en esta materia son regulados por el Convenio de la Haya y deben cumplirse en el momento de cobrar los impuestos al gobierno ocupado. Los gravámenes, cuotas o peajes cobrados a la potencia ocupada deberán cumplir con unas normas de evaluación<sup>276</sup>.

Sobre esta imposición fiscal no existe una regla definida, por eso Israel tomó como referencia las disposiciones legales de los Reglamentos de la Haya descritas en los artículos 43<sup>277</sup>, 48, 49-51 respectivamente, reconocidas por la autoridad militar a través de la interpretación que hace en relación con el cobro de impuestos. Los impuestos no deberán ser cobrados con un propósito distinto al de contribuir por medio de la recaudación al desarrollo de la región ocupada. Aunque se cobren los impuestos el ocupante está obligado a pagar los gastos de la administración del territorio ocupado de la misma manera que estaba obligado el gobierno ocupado<sup>278</sup>.

Si después de recaudar los impuestos y pagar los respectivos gastos que genera la administración del territorio queda dinero, éste puede ser utilizado para el ejército de la ocupación<sup>279</sup>. Los impuestos cobrados en beneficio del

---

<sup>275</sup> Véase, HCJ, 69/81, *Abu Aita et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, párr. 53(c) p. 146. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 30 de junio de 2011].

<sup>276</sup> Véase artículo 48 de la IV Convención de Ginebra y su anexo: Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Haya 18 de Octubre de 1907.

<sup>277</sup> Según el TSI el artículo 43 puede ser visto como base para una nueva legislación fiscal si la adopción de normas es necesario para cumplir los objetivos del gobierno militar. Y se toma como medida esencial la realidad política que vive la población y esto es importante para los territorios y la población. HCJ 69/81, *Abu Aita et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit., párr. 53(e) p. 146

<sup>278</sup> Playfair, Emma. *International Law and the Administration of Occupied Territories*, op. cit., p. 350.

<sup>279</sup> IV Convención de Ginebra, artículo. 49.

gobierno derrocado deben mantenerse mientras sea posible con arreglo a la tasa y distribución de impuestos en vigencia en el momento que fue ocupado.

Si estos ingresos son insuficientes para cubrir todas las obligaciones de la administración o la población civil, el ocupante podría de manera legal modificar las tarifas para aumentar la recaudación<sup>280</sup>. El método que aplicó Israel en principio fue el de transferencia de fondos por la Tesorería de Israel a los TO y manera gradual fue aumentando la recaudación a gran escala.

El dinero adquirido a través de los impuestos fue utilizado para el desarrollo de la región y la creación de puestos de trabajo, que en el comienzo de la ocupación constituyó una importante cooperación económica entre las dos economías; favoreciendo el desarrollo de la agricultura y la producción industrial en los TO<sup>281</sup>.

Sin embargo, la calidad de vida de los TO se deterioró con el paso de los años por todos los enfrentamientos en la región<sup>282</sup> y la constante ocupación seguido por la destrucción de viviendas e instalaciones públicas, toques de queda, detenciones, ejecuciones extrajudiciales que han contribuido al atraso de la región. El encargado de determinar la legalidad de incrementar los impuestos en los TO es un Comité de Apelaciones que decide sobre la legalidad del aumento contributivo<sup>283</sup>, aunque en el caso de Israel la legislación

---

<sup>280</sup> Playfair, Emma. *International Law and the Administration of Occupied Territories*, op. cit., p. 353.

<sup>281</sup> Shefi, Dov. "Taxation in the administered territories". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 1, 1971, p. 291. Según este autor, la imposición tributaria en los T.O solo se hace por la necesidad de mantener y mejorar la calidad de vida de la región, y constituye solo un pequeño porcentaje de los gastos totales de la administración. La autoridad militar ha conseguido a pesar de las dificultades mejorar las condiciones de vida de la que tenían previo a la guerra de 1967.

<sup>282</sup> Los residentes de los T.O no tenían dificultad para entrar a Israel hacia los años 70 y eran parte del sistema laboral israelí desempeñando distintas funciones agrícolas e industriales, así como en el campo de la construcción, algo que sin duda cambió después de la Primera Intifada y que en la actualidad es casi nulo. Véase las estimaciones estadísticas para esa fecha en: Shefi, Dov. "Taxation in the administered territories", op. cit., p. 292.

<sup>283</sup> *Ibidem.*, p. 293

interna no garantiza la jurisdicción explícita de las cortes en los territorios ocupados.

El TSI legalmente carece de jurisdicción en los territorios. A pesar de esto, desde 1967 en diferentes ocasiones ha recibido recursos y casos presentados de los TO<sup>284</sup>. De acuerdo con los precedentes legales los tribunales municipales en los periodos de las dos Guerras Mundiales denegaron las peticiones presentadas ante éstos por los habitantes de los territorios bajo administración militar<sup>285</sup>. Sin embargo, esto no ha sucedido con el TSI porque en el transcurso de la ocupación ha recibido un gran número de peticiones de los habitantes de la región, y ha proferido un número elevado de sentencias a favor, en contra o simplemente se abstuvo a decidir sobre un problema en concreto.

En una eventual discusión sobre la imposición de impuestos por la autoridad militar en los territorios es necesario tener en cuenta que esto solo se hará en virtud de restablecer y conservar el orden público y la seguridad<sup>286</sup>, respetando las leyes vigentes en el país. Contrario a esto, solo se incumplirá esta regla cuando no sea posible su cumplimiento por la autoridad militar<sup>287</sup>.

Sobre este tema se presenta una discusión de cuándo es necesaria la imposición de nuevos impuestos en los territorios. La respuesta será recurrir a

---

<sup>285</sup> Shamgar, Meir. "The observance of international law in the administered territories", op. cit., p. 273.

<sup>286</sup> El peligro para la población civil bajo ocupación puede emanar no solo de dentro sino también fuera de los T.O. Como ejemplo se puede tomar el ataque a Israel por Irak en el cual cayeron varios misiles dentro del Estado y hubo el temor de armas químicas, para lo cual el estado tuvo que distribuir máscaras de antigás en todo el país. Las máscaras en principio no fueron distribuidas en Cisjordania y la Franja de Gaza, pero por la sentencia HCJ 168/91, Murkos v. Minister of Defense et al. Se sostuvo que de conformidad con el art. 43 de las Regulaciones de la Haya, el Poder del Ocupante es proporcionar la seguridad de los habitantes de los T.O. lo que evita posibles discriminaciones hacia la población. (La sentencia se puede encontrar en inglés en *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 23, 1993, p. 339). Para un análisis detallado sobre la obligación de asegurar el orden público y la vida de la población de los TO: Distein, Yoram. *The international Law of belligerent occupation*, op. cit., pp. 91-94.

<sup>287</sup> Sobre la autoridad militar en territorio hostil del estado, véase el artículo 43, del IV Convenio de Ginebra.

estas medidas si son necesarias para restablecer el orden público y la seguridad<sup>288</sup>. Por consiguiente, se restringe el ilimitado derecho de imponer nuevos impuestos y solo se recurrirá a estas medidas si son consideradas estrictamente necesarias; lo que para algunos autores sería imprescindible hacer un examen de razonabilidad<sup>289</sup>.

No obstante, la necesidad para hacer un cambio en el marco jurídico del territorio ocupado implica más potestad para el ocupante que restricciones a las medidas que tome en la transformación del derecho existente en la región. Como justificación los ocupantes pueden invocar las necesidades del ocupado bajo el artículo 43 de los Reglamentos de la Haya, que no tiene un criterio que defina de manera exacta cuales son las preocupaciones en realidad de la población civil; lo que será a discreción del ocupante y que se ha usado como justificación para cobrar nuevos impuestos en la región.

Distein sostiene que para que haya prueba de la legalidad de los cambios legislativos se realizan en los territorios, es necesario que el ocupante también realice dichos cambios en su población<sup>290</sup>. Algo que según Benvenisti puede producir resultados dispares porque permite la reproducción de cualquier ley en los T.O que podría ser de *facto* una anexión del territorio ocupado<sup>291</sup>. Lo que no sería aplicable en materia de recaudación de impuestos porque las economías de palestina e Israel son muy diferentes.

En el transcurso de la ocupación se han creado otros impuestos en la Franja de Gaza que fueron criticados por los empresarios y otros miembro de la

---

<sup>288</sup> Playfar, Enma. *International Law and the Administration of Occupied Territories*, op cit., p.353.

<sup>289</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*, op. cit., p. 15.

<sup>290</sup> Véase sobre la imposición tributaria en Israel y en los T.O por medio de una normativa en común: HCJ 69/81, *Abu Aita et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit.p. 143.

<sup>291</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*, op. cit., pp. 15-16. Para ver una crítica sobre este concepto de imposición de normativa jurídica también aplicada en Israel véase: Roberts, Adam. "Prolonged military occupation: the israeli-occupied territories since 1967". *American Journal International Law*. Vol. 84, 1990, p. 94 párr. 5. Donde el autor sostiene que la legislación que a una sociedad con sus costumbres, religión, composición de estado no puede ser adaptable a otro.

región al considerar que son objeto de violación de los Reglamentos de la Haya. Se recurrió al TSI para que determinara la legalidad de estas imposiciones fiscales. El objeto de la demanda se centró en la legalidad de la Potencia Ocupante para imponer nuevos impuestos en la región<sup>292</sup>, así como sobre la responsabilidad del ocupante de garantizar su propia seguridad y la de la población civil. El pronunciamiento del TSI fue a favor de las medidas de financiación por medio del nuevo impuesto. Medidas necesarias para mejorar la situación económica de la región.

En la decisión no se dice nada sobre la creación de nuevos impuestos o las situaciones que pueden generar dicha necesidad, así como los requisitos a cumplir para la promulgación de nuevos impuestos. Tampoco habla sobre la introducción de tributación en situaciones de ocupación prolongada en los años.

Se observa que el TSI hace una interpretación del caso bajo reglas de la Costumbre Internacional que no prohíbe estas acciones en los territorios bajo ocupación, siempre y cuando no dañen la economía de estos territorios<sup>293</sup>. En la decisión no se presentan argumentos suficientes que demuestren la necesidad de nuevos impuestos que sirvan para mejorar la vida de la población o para el servicio de las Fuerzas de Defensa de Israel.

Por otra parte, sostiene que el argumento de los demandantes de aplicar el artículo 64 de la IV Convención de Ginebra de 1949, que prohíbe la imposición de sanciones penales a la población no se aplica en este caso, porque el TSI hace una distinción entre la normativa de carácter convencional y

---

<sup>292</sup> Los demandantes sostienen que el nuevo impuesto no responde al beneficio de los residentes en la región, sino a los intereses del Comandante Militar en la Región y promueve los intereses del Estado de Israel. Véase, HCJ 69/81, *Abu Aita et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 30 de junio de 2011].

<sup>293</sup> Esta interpretación la hace en virtud del art. 49 de las Regulaciones de la Haya que dispone: If, in addition to the taxes mentioned in the above article, the occupant levies other Money contributions in the occupied territory, this shall only be for the needs of the army or of the administration of the territory in question. Véase, HCJ 69/81, *Abu Aita et al v. The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit., parr. 53(c) (d).



las normas de la costumbre internacional. Sin embargo, el TSI no hace mención de la incidencia que tiene dentro de la población palestina la recaudación de impuestos hecha desde el inicio de la ocupación hasta la actualidad. Donde un porcentaje mínimo de la población se beneficia de dichos impuestos, porque el resto de civiles que viven en la Franja de Gaza y en Cisjordania están en campos de refugiados<sup>294</sup> en situaciones muy precarias y dependientes de la ayuda internacional<sup>295</sup>.

Las condiciones precarias que ha vivido la población bajo ocupación, han generado en la población palestina el aumento de los fundamentalismos religiosos<sup>296</sup>, y ha sido una de las causantes de las acciones terroristas que se nutren de la desesperación, la falta de formación y las escasas oportunidades en la región. Grupos como Hamás han aprovechado esa situación para ganar adeptos y obstaculizar las relaciones político-sociales en la región; algo que no contribuye a la solución del conflicto israelí-palestino porque esta organización política en concreto tiene como objetivo el establecimiento de un Estado Islámico en Palestina, que incluiría el territorio de Israel<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> El problema de los refugiados palestinos se originó fundamentalmente en los desplazamientos de población motivados por la ocupación israelí de territorios palestinos durante las guerras de junio de 1946 y mayo de 1948. De acuerdo con la Organización UNRWA los descendientes de estos refugiados también tienen los mismos derechos para la agencia de Refugiados que atiende a aquellos que viven en las cinco zonas: Franja Gaza, Cisjordania, Jordania, Líbano y Siria. Según las estadísticas el número de palestinos refugiados asciende a 4,7 millones al final de 2008, de los cuales 41,8% se encuentran en Jordania, 23% en la franja de Gaza; 16,3% en Cisjordania; 9,9% en Siria y 9% en Líbano. El porcentaje de refugiados de Palestina en el territorio Palestino ocupado (tPo) en 2009, representa el 44,1% del total de la población palestina en el TPO, de los cuales el 30,2% se localiza en Cisjordania y el 69,2% en Gaza. Disponible en Web:

<http://www.unrwace.org/images/pdf/2009estadisticaspoblacinrefugiada.pdf> [Consulta: 3 de agosto de 2010]. Véase entre otros autores, Fernández Gómez, Manuel; Peco Yeste, Miguel. *El conflicto Palestino-Israelí*. Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos. Francisco Vitoria, 2003, p. 44

<sup>295</sup> Ver, Playfar, enma. *International Law and the Administration of the Occupied Territories*, op. cit., p. 373.

<sup>296</sup> Véase, Escudero Alday, Rafael (ed). *Segregados y reclusos: los palestinos y las amenazas a su seguridad*. Madrid, Catarata, 2008, p. 221.

<sup>297</sup> Este grupo proporciona asistencia social a las personas más necesitadas y a las familias de sus miembros muertos en ataques suicidas o presos en cárceles israelíes. Véase, Levitt Matthew; Ross, Dennis. *Hammas: Politics, Charity, and Terrorism in the Service of Jihad*. Virginia, The Washington Institute for Near East Policy, 2006.

En la interpretación del TSI de crear un nuevo impuesto se basa solamente en el análisis de la legalidad de dicha ley bajo las normas internacionales que Israel reconoce forman parte de su derecho interno, pero no entra a cuestionar la necesidad y utilidad de fondo de esta imposición para los militares y la población civil.

En la jurisprudencia del TSI en el trascurso de la ocupación evita entrar a interpretar si las disposiciones u ordenanzas tomadas por las autoridades en la región son legítimas. Algo que evidentemente podría contribuir a proteger a la población civil de las decisiones abusivas e ilegales que pueden ser establecidas a causa de la ocupación militar y que van surgiendo en el trascurso de los años, sin que estén expresamente reguladas en el derecho.

No obstante, es importante apuntar que aunque haya una ocupación prolongada que eventualmente conlleve a dudas sobre la aplicación del derecho internacional, esto no afecta la validez de las leyes en este caso específico las Reglamentos de la Haya en materia de impuestos. Los instrumentos legales internacionales tienen limitaciones a la hora de legislar y consideran importante evaluar siempre la necesidad de los actos y la proporcionalidad, porque de lo contrario se estaría incurriendo en actos ilegales contrarios a las disposiciones internacionales que en ninguna circunstancia cesan con el paso de los años de ocupación<sup>298</sup>.

En definitiva, en materia de tributación bajo ocupación beligerante las leyes aplicables son ambiguas y deficientes. No establecen qué hacer en situaciones de ocupación permanente y en la mayoría de los casos le da una amplia potestad al ocupante para decidir sobre la población civil bajo ocupación.

---

<sup>298</sup> En el IV Convenio de Ginebra no estipula qué hacer en materia de impuestos.

La tendencia a no preservar el Derecho vigente en la región se puede observar en las decisiones del TSI y en especial la relacionada con la decisión del Comandante Militar y el Consejo Superior de Planificación de carreteras que unen los territorios con centros urbanos de Israel. Aunque en este caso no estaba en duda las órdenes militares y la autoridad sobre los TO, sino que se interpretó de conformidad con el artículo 43 de los Reglamentos de la Haya, los cambios que se permiten de manera sustancial de la situación previa a la ocupación<sup>299</sup>.

En el transcurso de la ocupación la población de los TO ha dependido de las ayudas internacionales y el trabajo de las diferentes ONG en el desarrollo y mejoramiento de la salud, educación, agricultura, etc. Algo que según la normativa internacional es responsabilidad de la potencia ocupante, quien debe contribuir a mejorar las condiciones de vida en la región ocupada y que no entra a reemplazar la estructura gubernamental.

La situación de la población Palestina ha empeorado después de la Segunda Intifada debido a las políticas de asentamiento israelíes, la destrucción o daño de viviendas, instalaciones gubernamentales, prohibición de pasar suministros alimenticios y de construcción necesarios para el desarrollo de su trabajo, ha generado una crisis humanitaria. Estas operaciones militares han sido ejecutadas tanto en Gaza como en Cisjordania<sup>300</sup>.

Los cortes de carreteras, los puestos de control, los toques de queda, dificultan la coordinación de las organizaciones no gubernamentales y con esto el desarrollo de la región. La destrucción de instalaciones públicas y privadas han limitado la prestación de servicios de salud, educación, restringiendo la

---

<sup>299</sup> Véase, HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 30 de junio de 2011]. Rubinstein, Amnon. "The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel", op. cit., p. 76.

<sup>300</sup> Sobre este tema véase los siguientes autores: Escudero Alday, Rafael. Segregados y Recluidos: los palestinos y las amenazas a su seguridad, op. cit. De Currea Lugo, Victor. *Palestina: entre la trampa del muro y el fracaso del derecho*. Barcelona, Icaria, 2005, pp.65-66. Sobre este tema los informes de Amnistía Internacional: Disponible en Web: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/MDE15/040/2004/es/affd4f9d-d5ea-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/mde150402004en.html> [Consulta: 22 de diciembre de 2010].

ejecución de proyectos comunitarios promovidos por las organizaciones presentes en la región.

La administración de los territorios desde 1967-2011 han servido solo a los intereses de la potencia ocupante y solo en menor medida a las necesidades básicas de la población local. Por otra parte, los territorios de La Franja de Gaza y Cisjordania se han incorporado económicamente dentro de Israel<sup>301</sup>. Por tanto, la administración de los TO carece de legitimidad y obviamente no goza de apoyo de la población local.

En el transcurso de la ocupación se ha visto una transformación legal dentro de los TO, de la cual el Knesset en escasas oportunidades se ha pronunciado. Y con el tiempo ha venido validando las regulaciones de emergencia y el poder extendido a las FDI para actuar dentro de los TO. Por el contrario, se ha dado un cambio de estatus por la política del gobierno israelí<sup>302</sup>.

Como ejemplo se puede tomar la promulgación de la orden que cambió el nombre de Cisjordania por el de “Judea y Samaria”. La explicación a esta decisión se basó en los vínculos históricos con la región y el rechazo al nombre, cuya aceptación implicaría el reconocimiento de la soberanía de Jordania sobre la región. El cambio de nombre en sí no tiene ningún efecto legal, ni modifica la situación de los TO, pero si conlleva una modificación que no corresponde con los principios consuetudinarios de la ocupación beligerante.

En definitiva, es importante destacar que Israel no reconoce la situación de los TO como una ocupación sino como “territorios administrados” lo que implica primero, que no reconoce su soberanía sobre la región, y segundo, el compromiso de retirarse del área de control. De manera que la imposición

---

<sup>301</sup> RUBISNTEIN, Amnon. The changin status of the “Territories” (West Bank and Gaza): From escrow to legal mongrel, op. cit., p. 59.

<sup>302</sup> *Ibidem.*, p.61.

tributaria sería una medida temporal que se modificaría al final de la ocupación militar.

#### **4. Cambios normativos derivados de la situación de Ocupación prolongada**

Después de tantos años de Ocupación Militar, los cambios legislativos dentro de la región y el control de varios territorios por parte de Israel, hace que surjan interrogante acerca de: cuál es el Derecho aplicable en una ocupación prolongada, cómo resolver las cuestiones relativas a la ocupación y el conflicto que se presenta entre la población originaria y quienes ejercen el poder.

Estas cuestiones fueron las causas para que se diera inicio a la *Intifada* en Gaza y en Cisjordania en 1987, por lo que hace necesario un análisis detallado de la normativa aplicada por el ocupante, si es efectiva o por el contrario conlleva a un obstáculo en el desarrollo político, económico y legislativo en la región<sup>303</sup>. Que hace aún más urgente la definición de cuál derecho es aplicable en situaciones de ocupación prolongada<sup>304</sup>.

Aunque no existe una convención especial o tratado único que regule las leyes de la guerra relacionadas con la ocupación militar, sí existen diferentes instrumentos internacionales que pueden ser tomados como referencia para determinar los poderes del ocupante y los límites de sus acciones. Estas disposiciones irán destinadas a garantizar el trato humanitario por parte del ocupante y así evitar los cambios abruptos e innecesarios en lo político, social y económico<sup>305</sup>.

Por otro lado, el control de las fuerzas militares y los posibles abusos de poder pueden reducir el riesgo de problemas entre los ocupantes y el ocupado.

---

<sup>303</sup> Roberts, Adam. "Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967", op. cit., p. 45.

<sup>304</sup> Playfar, Emma. *International Law and the Administration of Occupied Territories*, op. cit., p. 25.

<sup>305</sup> Dinstein, Yoram. *The International law of occupation belligerent*, op. cit., pp. 116-117.

Esto ayuda para que haya respeto y preservación de las normas internacionales que protegen la población bajo ocupación<sup>306</sup>.

Ahora bien, la posición oficial del gobierno israelí sobre la aplicación de las normas internacionales en los TO son en algunos sentidos ambivalentes y confusos. Como se mencionó antes, utiliza los términos de 'territorios administrados' en vez de 'territorios ocupados' y el argumento que cuando exista duda sobre la aplicabilidad de *jure* de un convenio puede ser aplicado de *facto*.

Lo anterior hace alusión al principio de aplicación del IV Convenio de Ginebra donde desde la ocupación en 1967 Israel nunca declaró su aplicación de *jure* en los TO. Lo que en la práctica en algunas sentencias toma como referencia la Convención, en otras simplemente recuerda que estas disposiciones no son parte del Derecho Israelí y no es aplicable porque no tiene soberanía ni jurisdicción sobre el territorio<sup>307</sup>.

A diferencia de las Regulaciones de la Haya de 1907 que son aplicables tanto de *jure* como de *facto*, aunque Israel no las hubiera ratificado e incorporado en su derecho interno, son aplicables a los TO porque son parte de la costumbre internacional<sup>308</sup>. Aunque esto no siempre fue así porque en las sentencias del TSI antes de 1979 evitó pronunciarse sobre su aplicación en los TO.

---

<sup>306</sup> Roberts, Adam. "Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967", *op. cit.*, p. 6.

<sup>307</sup> Véase la posición del Estado de Israel en: Economic and Social Council. *E/1989/5/Add.14*, 14 May 2001, parr. 3.

"Furthermore, pursuant to the Israeli-Palestinian interim agreement of 1995, and the consequent documentation and undertakings of the Palestine Liberation Organization, the overwhelming majority of power and responsibilities in all civil spheres (including economic, social and cultural) as well as a variety of security issues, have been transferred to the Palestinian Council, which in any event is directly responsible and accountable vis-à-vis the entire Palestinian population of the West Bank and the Gaza Strip with regard to such issues. In light of this changed reality, and the jurisdiction of the Palestinian Council in these areas, Israel cannot be internationally responsible for ensuring the rights under the Covenant in this areas".

<sup>308</sup> Cohen, Esther Rosalin. *Human rights in the Israeli-occupied territories, 1967-1982*. New Hampshire, Manchester University Press, 1985, p. 43.

Por otro lado, el gobierno israelí<sup>309</sup> nunca tuvo una posición clara respecto al derecho aplicable en los TO. La explicación de la no aplicación de la Convención se hizo a través de diferentes declaraciones oficiales que en ningún momento dan argumentos jurídicos sostenibles para que la convención no sea vinculante para Israel y aplicable en los TO.

La posición del gobierno sobre la aplicación del IV Convención de Ginebra es que no aplica para territorios que están fuera de su jurisdicción, y por otro lado, dice que la aplicación implicaría el reconocimiento de la soberanía de Jordania en la región<sup>310</sup> razones que no aclara de fondo. Puesto que un reconocimiento de la misma no implicaría la aceptación de una soberanía extranjera como es el caso de la disputa por Cisjordania. En todo caso, Israel puede aceptar la aplicación de la Convención sin una aceptación implícita de la soberanía, mediante una reserva a esta como materia de controversia.

Según Shamgar, la ocupación beligerante no adquiere la soberanía sobre el territorio por la ocupación militar de hecho, pero si adquiere el derecho de ejercitar la autoridad militar sobre este y su autoridad es exclusiva, más no sin restricciones. La administración es el objetivo legítimo después de la ocupación y necesario para la seguridad del ejército militar, aunque los derechos del ocupante no son absolutos. Las obligaciones y restricciones están codificadas en la Costumbre Internacional y en las Convenciones Internacionales que son codificadas como Costumbre Internacional<sup>311</sup>.

Sin embargo, en diferentes ocasiones se ha llevado casos ante el TSI donde se reconoce la Convención y su aplicación en los TO. pero esto es

---

<sup>309</sup> Véase las declaraciones del Fiscal General Meir Shamgar en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tel Aviv en 1971. Shamgar, Meir. 'Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage. En, Shamgar Meir. *Military Government in the Territories Administered by Israel* (1967-1980), op. cit., pp. 366, 368-369.

<sup>310</sup> El IV Convenio de Ginebra fue ratificado por Israel el 6 de julio de 1951 y Jordania es parte desde el 29 de mayo de 1951. Sobre la soberanía de Jordania en el Este de Palestina fuera de la jurisdicción de Israel se presentan diferentes controversias políticas y legales, véase: Allan, Gerson. "Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank". *Harvard International Law Journal*. Vol. 14, 1973.

<sup>311</sup> Shamgar, Meir. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage" op. cit., p. 28.

siempre y cuando los procesos no tengan relación con los asentamientos judíos porque en este caso el TSI rechazó dicha aplicación<sup>312</sup>.

Según Rubinstein, la decisión de aplicar la IV Convención de Ginebra por parte de los tribunales puede ser cuestionado, sin embargo, la incorporación del tratado dentro de la normativa interna es un acto legislativo, 'Indeed, in parliamentary regimes like those of England and Israel, only the legislature has the power to change the internal law of the State'<sup>313</sup>

El argumento del Estado israelí para no incorporar la legislación en su normativa interna es que los TO no son parte del territorio de Israel y por tanto la convención no aplica dentro de la jurisdicción del Estado y no tiene una repercusión jurídica en el derecho sustantivo. En este evento, no sería necesaria la incorporación de la IV Convención en el sistema legislativo interno y bastaría con la ratificación que hizo el Estado para que sea válida en términos de obligaciones internacionales. El alcance legislativo del Knesset se extiende solo al territorio y a la población de su jurisdicción.

Desde el año 1979 con el caso Beit<sup>314</sup>, ya empieza a dar razones de aplicabilidad y justiciabilidad de los Reglamentos de la Haya como parte del derecho consuetudinario. Los argumentos presentado por Israel para no aplicar la Convención son insatisfactorios y desconocen los precedentes para la interpretación de las leyes de la guerra, que incluye el derecho de la ocupación y la forma que ha sido aplicada en diferentes casos incluso en situaciones que estipulan unas condiciones para su aplicación .

El artículo 2 común a los Cuatro Convenios de 12 de agosto de 1949, dispone que las Potencias en conflicto tendrán que aplicarlo ya sea en tiempo de paz, como en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado

---

<sup>312</sup> Ver: HCJ 393/82, *Jamait Ascan v. Commander of Judea and Samaria*, op. cit.

<sup>313</sup> Rubinstein, Amnon. 'The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): From scrow to legal mongrel'. op. cit., p. 66.

<sup>314</sup> HCJ 610/78, *Ayyoub et al. v. The Minister of Defense*. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [consulta: 30 de junio de 2011].



que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

En esta misma línea, el Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar. Como en este caso Palestina<sup>315</sup> no es un Estado la Convención dispone que las Potencias que son partes en el mismo estarán sin embargo obligadas por él en sus relaciones recíprocas.

El derecho de la ocupación tiene potestad para ejercer sus poderes dentro de región, pero a su vez dispone de restricciones a las acciones de las partes en conflicto incluyendo los poderes del ocupante. De manera que la Convención busca asegurar que las personas en manos del ocupante sean tratadas con humanidad pero a la vez, preserva la disciplina militar entre las fuerzas de ocupación<sup>316</sup>.

Por otro lado, las leyes de la ocupación intentan evitar los cambios abruptos en los TO y los abusos de poder que puede tener la fuerza militar<sup>317</sup>. Los objetivos de las leyes de la ocupación no son simplemente humanitarios, sino que responden a los intereses y experiencias de los Estados sobre una ocupación prolongada, aunque no por ello las leyes serán menos importantes o no aplicables en dicha situación.

Regula también los conflictos que se presentan entre los ocupantes y quiénes ejercen el control sobre la región, que pueden generar conflictos y problemas entre estos. En situaciones de ocupación prolongada es importante la relación entre el derecho de los conflictos armados y la normativa de los derechos humanos, que no pierden vigencia en el tiempo.

---

<sup>315</sup> Mediante una declaración formulada el 7 de Julio de 1982, Palestina expresó un compromiso unilateral de ser parte del Convenio de Ginebra.

<sup>316</sup> Playfar, Enma. *International Law and the Administration of Occupied Territories*, op. cit., p.

27.

<sup>317</sup> Véase los actos específicamente prohibidos en los TO en: Arai-Takahashi Yutaka. *The Law of occupation: continuity and change of international Humanitarian Law, and its interaction with international Human Rights Law*, op. cit., p. 327.

La interrelación entre las leyes de derechos humanos y la del derecho de los conflictos armados no excluye la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, sino que sirve como complemento a las provisiones, adicionando otras disposiciones en materias de protección de derechos humanos. Normativa de Derechos humanos que son de aplicación a todas las personas sin importar el lugar que se encuentren, ni de su condición.

Se podrían aplicar las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Internacional de Derechos Humanos como suplemento del Derecho Internacional de ocupación beligerante, aunque el Estado no sea parte. Porque permite la máxima protección a la población civil durante las ocupaciones prolongadas<sup>318</sup>.

El problema que quizás pueda surgir en el momento de aplicar estas disposiciones legales es el del compromiso de las organizaciones internacionales encargadas de la implementación<sup>319</sup>. Las quejas por violaciones de los derechos humanos por las partes en conflicto son usadas como justificación por los Estados para no cumplir con el DIDH, así como la politización de las organizaciones internacionales, hace escaso el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En este sentido, Israel argumenta que se deben aplicar en los TO el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales es parte. Sostiene que el derecho humanitario es el derecho aplicable a situaciones de conflicto como las que se presentan en la Ribera Occidental y la Franja de Gaza, y los tratados de derechos humanos protegen a la población en tiempos de paz<sup>320</sup>.

El TSI juega un papel importante dentro del conflicto palestino-israelí por las decisiones que toma frente a las actuaciones del gobierno militar y la

---

<sup>318</sup> Cohen, Esther Rosalín. *Human rights in the Israeli-occupied territories, 1967-1982*, op. cit., p. 9.

<sup>319</sup> *Ibidem.*, p. 8

<sup>320</sup> En este sentido Israel está en desacuerdo de aplicar el derecho internacional de los Derechos Humanos en los TO, porque considera que estos textos no son aplicables en tiempos de guerra sino de paz. Véase la posición jurídica del Israel en, A/ES-10/248, Anexo I.

revisión judicial en materia de derecho y procedimiento legal en los TO. Algo que se ha incrementado en los años de ocupación y sobre la cual se encuentra una amplia jurisprudencia. Por otra parte, se observa un incremento en las decisiones que limitan y cuestionan en algunos casos las decisiones y actividades gubernamentales en la región.

Algo que en primera instancia hace que el TSI analice si tiene jurisdicción para aceptar las peticiones que se presentan de los TO y el derecho aplicable. La situación de la ocupación permanente de Israel de los territorios hace que el TSI acepte las peticiones y apelaciones que se presentan ante este por las actividades contrarias al derecho internacional para determinar qué derecho es aplicable en la región.

La posición de los juristas respecto a la jurisdicción del TSI es diferente. Por un lado, está la idea que la jurisdicción es conferida solamente a los territorios donde Israel goza de soberanía. El derecho israelí se aplicará en el Este de Jerusalén y en los altos del Golán a través de actos legislativos<sup>321</sup>. Por otra parte, aunque la ocupación no ha terminado Israel no ostenta la soberanía dentro de los TO. Por tanto, el argumento es que ellos están fuera de la jurisdicción del TSI.

Los actos del Gobierno militar dentro de los territorios son considerados “actos de estado” de manera que no pueden ser sometidos a revisión judicial. Argumento que ha sido rechazado por el TSI porque rechaza la doctrina del Estado de prevenir la revisión judicial de los actos de las FDI<sup>322</sup>. De acuerdo a la tradición jurídica respecto de la ocupación militar se puede observar que un tribunal de la Potencia Ocupante no asume el poder de revisión judicial de las acciones del gobierno militar<sup>323</sup>. Este sometimiento del poder militar a las

---

<sup>321</sup> Shetreet, Shimon. *Justicie in Israel: a Study of the Israeli Judiciary*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 489.

<sup>322</sup> Benvenisti, Eyal. Judicial Review of Administrative. Zamir. Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*, op. cit., p. 374.

<sup>323</sup> El derecho Israeli y el derecho internacional no disponen las bases legales para presentar las demandas ante el tribunal supremo de la potencia ocupante aunque no se opone al respecto. Cohen, Esther Rosalind. “Justice for Occupied Terrirory? The Israeli High Court of Justice Paradigm”. *Columbia Journal Transnational Law*. Vol. 24, 1985-1986, pp.474, 478.

decisiones del TSI es importante para la protección de los derechos civiles y la regla del derecho en los territorios administrados<sup>324</sup>.

Sin esta posibilidad la población estaría a merced de las acciones y decisiones militares que en muchos casos no son proporcionales, ni están acordes con el derecho internacional. Lo que permite garantizar la protección de los derechos constitucionales, los derechos civiles y políticos, que han sido alterados a causa de la ocupación<sup>325</sup>. Mucho más en un sistema jurídico como el israelí donde están vinculados los derechos fundamentales al derecho religioso judío, que tiene gran preponderancia y aunque no es fuente jurídica, si tiene incidencia dentro del Estado y por tanto, aplicabilidad dentro de los T.O.

Esta política seguida por el TSI restringe el poder de los comandantes y tropas de la región ocupada, algo que puede generar una mayor responsabilidad a la hora de tomar decisiones militares que vayan en contra del DIH. Como también, puede generar una confianza en los territorios evitando negarles el acceso a la justicia y la posible discriminación entre la población. Lo que hace ganar reconocimiento al sistema jurídico Israelí en la región y sirve fundamento para sustentar en el futuro en un posible acuerdo de paz.

La jurisdicción del TSI la argumenta a través de una explicación teórica. Las peticiones presentadas de los TO son aceptadas en virtud de que el ejército es una fuerza pública del Estado de Israel, que cumple una función legal. Por tanto, el TSI tiene jurisdicción para considerar si estas acciones pueden ser conducidas o si son justificadas bajo el derecho internacional. Lo que permite al TSI decidir sobre acciones que ocurren más allá de su jurisdicción territorial<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> En este caso se podría hacer un análisis del artículo 64 de la Convención de Ginebra que dispone la creación de tribunales militares dentro de los territorios ocupados, para sustentar la competencia del TSI ya que en este artículo no estipula una prohibición en la revisión de las sentencias de los tribunales militares o las decisiones de los comandantes militares en la región. Como también los actos legislativos del comandante militar y sus órganos ejecutivos. *Ibidem*, p. 475.

<sup>325</sup> Cohen, Esther Rosalind. "Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm", op. cit., p. 480.

<sup>326</sup> Ver, HCJ 393/82, *Jamait Askan & others v. Commander of IDF forces in the Judea and Samaria*, op. cit. Lo que confirma que su competencia está fundamentada en la jurisdicción personal y no en la competencia territorial. Se puede consultar un extracto de la sentencia en

Ahora bien, en la jurisprudencia del TSI refleja una posición distinta a este argumento teórico. Esta situación en la práctica es diferente porque después de la Guerra de los Seis Días, el gobierno aceptó su jurisdicción en los T.O. así que el TSI hasta la fecha no ha planteado en alguna sentencia la cuestión de su jurisdicción. Sino que el consentimiento gubernamental a su jurisdicción es un consenso general<sup>327</sup> que de igual manera podría ser modificado en cualquier momento por el Knesset.

Lo que suscita un especial interés en las fuentes de derecho que el TSI debe aplicar cuando acepta las peticiones que se presentan de los TO. En términos generales la jurisdicción de revisión judicial del TSI se extiende a revisar el poder del gobierno militar en la legislación o de seguridad aplicando dos reglas del derecho: la costumbre internacional<sup>328</sup> y el derecho administrativo<sup>329</sup> por eso en principio no son contrarios con la política gubernamental.

Shamgar sostuvo que aunque no hay una regla del derecho internacional que establezca que la IV Convención de Ginebra aplica para todo conflicto armado su aplicación puede ser de *facto* de acuerdo con las disposiciones humanitarias de la Convención. Por eso el Gobierno Militar debía cumplir con las normas de la ocupación beligerante y aplicar estas reglas de conformidad con las disposiciones del TSI<sup>330</sup>.

A diferencia del TSI que desde el principio mostró cierto grado de independencia en el momento de tomar decisiones que afectaran las actuaciones militares en los TO, pero siempre haciendo referencia a la

---

inglés en Zamir. Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*, op. cit., p. 396. Cohen, Esther Rosalind. "Justice for Occupied Territory? The Israeli High Court of Justice Paradigm", op. cit., p. 475. Benvenisti, Eyal. Judicial Review of Administrative action in the Territories Occupied in 1967. En, Zamir. Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*, op. cit., p. 374.

<sup>327</sup> *Ibidem.*, p. 372.

<sup>328</sup> Que están incorporadas en los Reglamentos de la Haya.

<sup>329</sup> Zamir. Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*, op. cit., p. 407.

<sup>330</sup> Shamgar, Meir. "Military Government in the Territories Administered by Israel 1967-1980, the legal aspects". En, Shamgar, Meir. *Legal concepts and problems of the Israeli Military Government- The initial stage*, op. cit., p. 44.

aceptación por parte de los representantes del Estado<sup>331</sup>. Se presenta un cambio e independencia por parte del TSI cuando en el caso *Jamait Askan*<sup>332</sup>, el juez Barak sostuvo que las reglas de ocupación beligerante son aplicadas sin necesidad de la autorización gubernamental.

En relación con la aplicación del DIP en los TO el TSI tiene una posición inequívoca. Los Reglamentos de la Haya son reconocidas como parte de la costumbre internacional y son parte del derecho interno, pero la Convención de Ginebra es un tratado y no es parte del derecho israelí. Aunque en algunas ocasiones el gobierno aceptó la aplicabilidad de la Convención, no fue en todos los casos<sup>333</sup>. En esos casos el T.S evitó entrar en choque con el gobierno y por tanto, no aplicó la Convención<sup>334</sup>.

En la práctica, son pocas las peticiones de los TO que son aceptadas por el TSI y así mismo los fallos a favor. Además en las decisiones solo se analiza el procedimiento seguido por el Gobierno Militar pero no entra analizar de fondo legalidad de las acciones. En este sentido, el gobierno militar goza de un amplio poder para actuar sin que el TSI tenga una influencia o intervención importante en ese ejercicio discrecional.

Sería importante que el TSI tomará una posición frente a las decisiones militares, analizando no sólo la proporcionalidad de las actuaciones y la aplicación del DIH dentro de la región, sino la legalidad de las medidas tomadas. Que sin duda contribuiría a mejorar el Estado de Derecho en los T.O y que garantizaría una seguridad jurídica.

---

<sup>331</sup> Bar-Yaakov, Nissim. "The Applicability of the Law of war to Judea and Samaria (The West Bank) and to the Gaza Strip". *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, p. 495.

<sup>332</sup> H.C 393/82, *Jamait Askan v. Commander of Judea and Samaria*, op. cit.

<sup>333</sup> En los primeros años de ocupación israelí el gobierno argumentaba que la Convención de Ginebra no aplicaba a los TO. Véase, Amnon Rubinstein. *The Constitutional Law of the State of Israel*. 5th edn. Tel Aviv, Shoken, 1996, pp. 262–266 (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>334</sup> HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of IDF forces in the West Bank*. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 30 de junio de 2011].

## I. Los cambios derivados de la consolidación de los asentamientos

El tema de adquisición de tierras ha sido una de las modificaciones que ha hecho el gobierno militar. La autoridad municipal encargada de la planificación de la tierra fue reducida y se prohibió la construcción y ubicación de viviendas incluso dentro o fuera de los límites municipales de cualquier ciudad palestina. Lo que permitió el fomento de los planes de asentamientos israelíes en lugares donde reside la población palestina<sup>335</sup>.

Estas órdenes permitieron al Gobierno israelí tener más facilidades para continuar con su política de asentamientos ilegales. Las órdenes militares dictadas desde la Ocupación Israelí no han contribuido al desarrollo de la región y el sistema administrativo utilizado no sirvió para garantizar las condiciones de vida aceptables, como tampoco mejoraron la calidad de vida de la población palestina.

Algunas medidas han sido justificadas por la autoridad militar como necesarias para el mantenimiento de las condiciones sociales y el beneficio para la población. En este sentido, el TSI sostuvo que los asentamientos civiles tanto del pasado como el presente no constituyen un motivo válido para las FDI como defensa del Estado. Además, la acción de la administración militar debe ser tomada como algo transitorio que termina al finalizar la ocupación<sup>336</sup>.

Esas facultades de restablecer la ley y el orden no otorgan derechos para establecer un nuevo orden en la región. Es decir, en el momento de establecer los asentamientos de manera permanente conlleva a un cambio que no se corresponde con las medidas transitorias que se pueden tomar en el momento de la ocupación. Lo que cambiaría la situación jurídica en la región porque el derecho aplicable en esta sería el israelí, toda vez que los residentes judíos

---

<sup>335</sup> Véase, Amnistía internacional. *Israel y los Territorios Ocupados Demolición e incautación: la destrucción de viviendas palestinas*. disponible en Web: <http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE15/059/1999/en/44a75b3f-e065-11dd-90864d51a30f9335/mde150591999es.pdf> [Consulta: 20 de diciembre de 2010].

<sup>336</sup> HCJ 4481/91, *Barguil v. Government of Israel*, p. 4. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/91/810/044/Z01/91044810.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/91/810/044/Z01/91044810.z01.pdf) [Consulta: 2 de febrero de 2011].

están sometido a la jurisdicción de los tribunales israelíes. Esto genera un sistema jurídico único para la población.

Por otro lado, aunque la administración de los territorios permite por la necesidad militar y otras obligaciones derivadas de la ocupación, tomar medidas que modifiquen la situación de los territorios, no obstante, los derechos humanos de la población no pueden ser vulnerados sin una justificación válida y proporcional.

Los ciudadanos israelíes residentes en los territorios gozan de bienes materiales, derechos políticos, económicos y sociales que son superiores a los de los residentes árabes en los TO, lo que crea una discriminación entre la población, creando un sistema social y político contrario a los valores del Estado de Israel<sup>337</sup>.

Sin embargo, la decisión final del TSI en relación con los asentamientos fue de abstenerse en cualquier pronunciamiento que no tuviera un vínculo directo con la violación de los derechos humanos. Las peticiones no se presentaron por la violación a los derechos de propiedad de los residentes árabes sino para determinar si los asentamientos eran legales o ilegales<sup>338</sup>.

Es decir, aunque el tribunal tenía competencia para decidir sobre este asunto no obstante, las demandas no se centraron en los derechos individuales sino en un problema abstracto y general que tiene consecuencias jurídicas y repercusión internacional, con lo cual, no está dentro de su jurisdicción. Aunque puede ser visto como un tema jurídico-político el TSI tiene la potestad para determinar cuáles casos pueden ser decididos por éste, al tener un carácter inminentemente legal.

La política del Estado de construir viviendas en territorios poblados por población palestina y no hacer alusión en ningún momento a la prohibición de

---

<sup>337</sup> Ibidem., p.5.

<sup>338</sup> Sobre la doctrina del TSI en relación con los asentamientos judíos, se ampliará en el capítulo V.



la Convención de Ginebra, ni tampoco intentar un balance de la misma, muestra cómo en todos los años de ocupación el gobierno se aleja cada día más de la obligación de aplicar las disposiciones internacionales<sup>339</sup>.

Ahora bien, a diferencia de otra legislación vigente las órdenes militares no fueron objeto de revisión o apelación por las autoridades competentes, porque en el momento en que los Tribunales Palestinos intervinieron en la venta ilegal de tierras a colonos judíos, las autoridades militares emitieron un decreto<sup>340</sup> que prohibía la intervención de estos Tribunales en estos casos. Otorgó potestad de revisión a los Comités ejecutivos israelíes para que resuelvan el conflicto. Los asentamientos judíos en la Franja de Gaza y en Cisjordania no están sujetos a las Ordenes Militares porque tienen su propia legislación que responden a la normativa israelí, por tanto, son tratados como si vivieran dentro del Estado de Israel<sup>341</sup>.

El Knesset tiene promulgada normas destinadas a los asentamientos judíos pero no aplican a la población palestina lo que demuestra la dualidad jurídica en los territorios. En definitiva, la aplicación de las normas legales e institucionales en Cisjordania y en Gaza no funciona de manera territorial sino a título personal. La situación de los nacionales israelíes que viven en los TO es diferente porque tienen especial protección en virtud de una legislación que abarca más allá de la jurisdicción israelí.

Gar Yein Ng sostiene que *“Judges are set apart as impartial and independent in constitutional theory to offset unjust laws being passed or unjust actions by government and administration”*<sup>342</sup>. De manera que las acciones militares contrarias con la normativa internacional o las disposiciones

---

<sup>339</sup> Rubinstein, Amnon. “The changing status of the “territories” (West Bank and Gaza): from escrow to legal mongrel”, op. cit., p.67

<sup>340</sup> Orden No. 1060 de junio de 1983.

<sup>341</sup> Shawan Usahma, Salim. *Public Administration in Palestine: past and present*, op. cit., p. 51.

<sup>342</sup> Yein NG, Gar. *Quality of Judicial Organisation and Checks and Balances*, Oxford, Intersentia, Antwerp, 2007, p.13.

constitucionales de Israel, tendrán que ser revisadas por un tribunal para evitar los abusos de autoridad en los TO<sup>343</sup>.

Uno de los objetivos fundamentales de un Gobierno Militar es restaurar y mantener el orden público y la seguridad. Algo que se consigue con un claro criterio legal que actúe en consonancia con las normas internacionales y el respeto por los principios del derecho. Lo que sin duda puede ayudar a establecer una buena relación con la población bajo ocupación siempre y cuando se respete esa obligación.

## **II. Acuerdos interinos entre Israel y la Autoridad Palestina**

Dentro de los cambios que se han dado en los TO se encuentran los acuerdos interinos firmados en Septiembre de 1995<sup>344</sup> donde se transfiere los poderes y responsabilidades<sup>345</sup> a la Autoridad Palestina<sup>346</sup> del Consejo de Palestina (en adelante Consejo). Siendo esta la encargada de la protección de los derechos humanos y el derecho aplicable será el palestino<sup>347</sup>.

En este acuerdo se divide Cisjordania en tres áreas denominadas como A, B y C con diferentes disposiciones y jurisdicciones aplicables a cada una. El ejército israelí se retiró del Área A que comprendía las ciudades principales de Cisjordania. Se mantuvo en el Área C que comprende los asentamientos

---

<sup>343</sup> Rubinstein, Amnon. "The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza). From escrow to legal mongrel", op. cit., p. 68.

<sup>344</sup> Acuerdo Interino Israelo-Palestino sobre la Margen Occidental y la Franja de Gaza. 28 de Septiembre de 1995. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/1990\\_1999/1995/9/Acuerdo+Interino+Israelo-Palestino+-+Puntos+Princi.htm](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/1990_1999/1995/9/Acuerdo+Interino+Israelo-Palestino+-+Puntos+Princi.htm) [Consulta: 31 de enero de 2011]. Véase, Cassese, Antonio. "The Israel-PLO Agreement and Self-Determination". *European Journal International Law*. Vol. 4, 1993, p. 564.

<sup>345</sup> En materia de Agricultura, Registro de la propiedad, gobierno local, parques, salud y educación.

<sup>346</sup> La Autoridad Palestina aceptó este acuerdo el 4 de mayo de 1994, denominado Acuerdo de la Franja de Gaza y el Area de Jerico, donde asume ejercer el poder y responsabilidad del Consejo de Palestina pendiente de su elección.

<sup>347</sup> Kretzmer, David. "Constitutional Law". En, Shapira, amos; Dewitt-Arar, Keren C. *Introduction to the law of Israel*, op. cit., p. 56 (Los territorios entregados fueron por el acuerdo de Gaza-Jericó, firmado en el Cairo el 4 de mayo de 1994, aplicable a la Franja de Gaza, Jericó y sus alrededores. Se llegó a un acuerdo sobre: acuerdos de seguridad, asuntos civiles, cuestiones legales y relaciones económicas. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000\\_2009/2004/1/Las%20negociaciones%20israelo-palestinas](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000_2009/2004/1/Las%20negociaciones%20israelo-palestinas) [Consulta: 31 de enero de 2011].

israelíes en las áreas alrededor de ellos y compartía responsabilidades sobre la zona B.

El Consejo no ejercerá las funciones que no le han sido transferidas por tanto, algunos poderes y responsabilidades son ejecutados por este, y los que no serán poderes residuales y responsabilidades que continua ejerciendo Israel<sup>348</sup>. De manera que la jurisdicción territorial del Consejo cubre el territorio de la Franja de Gaza, a excepción de los asentamientos y las instalaciones militares del Área. La transferencia de poderes y funciones en realidad fue parcial porque la exclusión de los asentamientos israelíes le permite a la Autoridad Militar, actuar cuando considere oportuno y sobre la base jurídica del derecho de ocupación.

A su vez, las autoridades militares siguen aplicando la legislación vigente en relación con la seguridad y las detenciones administrativas, porque continúan hasta la fecha con los arrestos, juicios y detenciones a palestinos que se encuentran dentro de la jurisdicción del Consejo.

Los poderes militares en materia legislativa, ejecutiva y judicial continuaron después de los acuerdos de Oslo II; la transferencia de poderes resultó ser algo ambiguo. Así mismo, la responsabilidad por la seguridad la mantiene Israel dentro de las áreas que fueron transferidas a la Autoridad Palestina. Según el acuerdo, mantendrá la responsabilidad de la seguridad para proteger a los israelíes y luchar contra el terrorismo<sup>349</sup>.

En definitiva, aunque se llevaron a cabo unos acuerdos entre las dos partes, las competencias son compartidas y la actuación de Israel dentro de los TO no ha variado desde la ocupación.

---

<sup>348</sup> Véase, Shehadeh, Raja. *From Occupation to interim Accords: Israel and the Palestinian Territories*, op. cit. pp. 31; 34.

<sup>349</sup> *Ibidem.*, p.62.

## CAPÍTULO III

### LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LOS TERRITORIOS OCUPADOS

#### 1. El Derecho Internacional y su aplicación en los Territorios Ocupados

El Estado israelí es un país democrático donde prevalece la regla del derecho y sus instituciones gozan de reconocimiento y confianza, con una preocupación general dentro de la sociedad: Los Derechos Humanos<sup>350</sup>. No obstante, entre la normativa de los derechos humanos y su cumplimiento hay una gran brecha. En la construcción y reconocimiento de estos derechos se han presentado enfrentamientos entre diferentes normas: religiosas, sociales, políticas, económicas que se deben principalmente al choque entre el trato dado a las minorías en Israel, y el trato dado a la mayoría. Como también al conflicto en los TO por el régimen establecido por Israel desde 1967.

Desde la creación del Estado de Israel hasta la promulgación de las Leyes Básicas el derecho consuetudinario fue la principal fuente para la protección de los derechos humanos; lo que se puede ver reflejado en las primeras sentencias del TSI<sup>351</sup>. A pesar de que no tenía competencia para invalidar las leyes que contrarias a los derechos humanos, si estableció en su jurisprudencia los derechos fundamentales como parte del sistema israelí<sup>352</sup>.

El TSI considera que deben existir ciertas características relevantes para que el Estado pueda aceptar la relación entre la normativa internacional y las normas nacionales:

---

<sup>350</sup> Israeli, Raphael; Ehrenfeld, Rachael. "Between the Peak and the Pit: Human Rights in Israel". *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Vol. 13, 1986-1987, p. 403.

<sup>351</sup> Véase, Shetreet Shimon. "Limits and Promises of International norms and procedure for the Protection of Human Rights". En, Goldstein Stephen. *Israeli Reports to the 12<sup>th</sup> International Congress of Law*. Jerusalem, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986, p. 42.

<sup>352</sup> Barak Aharon. "Human Rights in Israel", op. cit., p.13.

[...] the acceptance of norms drawn from international law and their relation to national law is decided according to a number of leading principles:

“(1) A rule of law has undergone reception and becomes an integral part of the system of local law only after it has obtained general international consensus....;

(2) That will only occur when no conflict exists between locally enacted legal provisions of the local legislator....;

(3) However... when enacted law is open to varying interpretations and its content does not necessitate any other interpretation, it is to be interpreted in accordance with international law”<sup>353</sup>

El TSI siguió dos conceptos básicos dentro de su doctrina: el Estado de Israel como una democracia moderna y la protección de los derechos humanos como algo fundamental dentro del Estado. En este mismo sentido, reitero en diferentes sentencias que el Estado no se encuentra aislado por el contrario forma parte de la Comunidad Internacional y por tanto, ha contraído obligaciones internacionales a través de los Tratados; siempre y cuando estos integren la costumbre internacional<sup>354</sup>.

Sin embargo, la realidad de los derechos humanos en Israel es muy diferente a la aplicada dentro de los TO. Es decir, el derecho israelí en este sentido no se aplica a estos, con excepción del Este de Jerusalén y los Altos del Golán. El derecho que se aplica en los territorios es el de ocupación beligerante. Es muy importante la eficacia del derecho internacional dentro de los TO para proteger a la población bajo ocupación militar y así limita el poder que tienen bajo las leyes otorgadas a la potencia ocupante.

---

<sup>353</sup> HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria*, parr. 12.

<sup>354</sup> Israel tomó como referencia el modelo Británico que se basa en la distinción de la costumbre Internacional y las normas convencionales derivadas de los tratados. Donde un tratado no tiene efectos legales sin no es incorporado dentro del derecho interno, y el Poder judicial en el desempeño de sus funciones evita entrar a decidir sobre asuntos que son de competencia del Poder legislativo. Véase, Higgins, Rosalyn. “The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom”. En, Conforti, Benedetto; Francione, Francesco. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. The Hague, Kluwer Law International, 1997, p.37.

En este sentido surge la pregunta si ¿las normas internacionales tienen efecto dentro del derecho interno? y si pueden ser invocadas antes los tribunales o primero deben ser incorporadas dentro de la legislación interna. Algunos sistemas constitucionales aceptan el derecho internacional como parte de su sistema jurídico pero siempre y cuando sean disposiciones que forman parte de la costumbre internacional. Sin embargo, en la aplicación de esta doctrina los tribunales no siempre se rigen por este principio<sup>355</sup>.

Después de la ocupación de 1967 el derecho internacional toma relevancia dentro de la jurisprudencia israelí. El régimen de aplicación será el derecho internacional de la ocupación beligerante. Donde el TSI hace una interpretación de las disposiciones internacionales, los principios del derecho público de Israel, así como el derecho vigente previo a la ocupación. Sin embargo, la posición del derecho internacional dentro de los TO sirve como una base de la interpretación jurídica pero no cambia el sistema dualista del derecho israelí<sup>356</sup>.

Es importante destacar que en la aplicación del DIH y el DIDH hay una posición diferente entre el Gobierno y el TSI. La posición del gobierno es que solo el DIH se aplica a los TO por ser el instrumento jurídico más idóneo en situaciones de guerra. En el momento de tomar medidas dentro de los TO lo justifica siempre bajo el respaldo del derecho internacional y en consonancia con el mismo. Siempre en beneficio de la población y la seguridad de la región, como una medida temporal que terminará en el momento de la resolución del conflicto.

---

<sup>355</sup> Véase entre otros autores, Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., p.162. La Pergola, Antonio; Del Duca, Patrick. "Community law, International Law and the Italian Constitution". *The American Journal of International Law*. Vol. 79, 1985, pp. 603-605.

<sup>356</sup> En el Estado de Israel se aplica la teoría dualista toda vez que la norma internacional no hace parte del ordenamiento jurídico sino es aprobado por el Parlamento de Israel. Véase, Cassese, Antonio. "Modern Constitutions and International Law". *Recueil Des Cours*. Vol. 192, 1985, pp. 331-476. Lindahl, Hans. "Democracy, Political Reflexivity and Bounded Dialogues: Reconsidering the Monism-Pluralism Debate". En, Christodoulidis, Emiliós A.; Tierney, Stephen. *Public law and politics: the scope and limits of constitutionalism*. Great Britain, Ashgate, 2008, p. 103. Shimon, Shetreet. "Limits and promises of International norms and procedure for the Protection of Human Rights". En, Goldstein, Stephen. *The Israeli Reports to the 12<sup>th</sup> International Congress of Comparative law*. Jerusalem, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986, pp. 48-49.

Mientras que el TSI en su jurisprudencia ha incluido diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos<sup>357</sup>, como complemento a las demás normas aplicadas. Algunas decisiones han tenido en cuenta la posición del gobierno militar y los poderes otorgados a estos bajo el derecho de ocupación; decisiones que han sido muy controvertidas de conformidad con el derecho internacional, como es el caso de las deportaciones, demoliciones de viviendas de terroristas, asesinatos selectivos etc<sup>358</sup>.

En este sentido, aunque el TSI se pronunció en algunas sentencias y reiteró la obligación del Estado de Israel de respetar las disposiciones internacionales y humanitarias y asumió como legales algunas prácticas militares por razones de seguridad o desarrollo de la región<sup>359</sup>. Sin embargo, la posición del TSI fue cambiando a lo largo de los años otorgando mayor relevancia al derecho internacional dentro de sus sentencias. Aunque la doctrina en general no se modificó porque sigue la posición de exigir la incorporación de los tratados para su aplicación.

El TSI en algunas ocasiones en su jurisprudencia se aparta de la doctrina del Poder Ejecutivo donde está por encima la seguridad sobre los intereses de la población en los TO. Como también, la posibilidad de suspender la aplicación de los tratados en materia de derechos humanos, por su difícil cumplimiento en situaciones de conflicto. Éste hace un balance entre la normativa interna y la internacional. Donde la aplicabilidad del derecho

---

<sup>357</sup> Que en algunos casos han sido ratificados pero no incorporados dentro de la legislación interna. Shimon, Shetreet. "Limits and promises of International norms and procedure for the Protection of Human Rights". En, Goldstein, Stephen. *The Israeli Reports to the 12<sup>th</sup> International Congress of Comparative law*, op. cit., pp.34-35. (Este autor sostiene que la jurisprudencia y el DIDH desarrolló el marco jurídico de los sistemas nacionales. Porque en definitiva, el responsable de la implementación de los derechos humanos es el Estado. Es por eso que el objetivo principal del derecho internacional es el de influenciar a los Estados a reconocer los derechos humanos y aplicarlos dentro de las instituciones nacionales y en la forma de vida nacional.

<sup>358</sup> Barak-Erez, Daphne. "The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 2, 2004, p. 617.

<sup>359</sup> Como ejemplo de esto, la planificación regional de carreteras que responden a los intereses de Israel en cuanto al uso y compra de tierras; la posición otorgada a los Palestinos de residentes en Cisjordania, quienes no gozan de los mismos privilegios de la población israelí. Las leyes militares dictadas en los TO, las cuales son de obligatorio cumplimiento en la región. Ver, Benvenisti, Meron. *The West Bank data project: a survey of Israel's policies*. Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984, p. 19.

internacional ha tomado mayor relevancia en las decisiones dictadas y una mayor implicación del TSI dentro del conflicto palestino-israelí, siempre desde la base del derecho internacional de la ocupación beligerante y la aplicación de la costumbre internacional.

Los tribunales reconocen el poder del ejecutivo para concluir tratados internacionales. La práctica israelí demuestra como el TSI reconoce la autonomía del Knesset para concluir y ratificar los tratados sin necesidad que estos tengan una revisión previa por parte del poder legislativo. El TSI tiene como función determinar la aplicabilidad de un tratado y su aplicación dentro del sistema jurídico.

El TSI ha tenido la necesidad de hacer un equilibrio entre la posición del gobierno frente a los TO y las necesidades de la población civil bajo ocupación. Por otro lado, responder las preguntas relacionadas con la obligación de cumplir con los tratados internacionales; las controversias respecto a la aplicación de la normativa que se encontraba vigente en el momento del Mandato Británico; la jurisdicción del TSI para conocer los abusos cometidos en las zonas entregadas por Israel de manera unilateral; la competencia más allá de sus fronteras; las decisiones tomadas por los actos de los militares dentro de un Estado en guerra con Israel. Así mismo, responder sobre la situación de los barrios del Este de Jerusalén como parte del Estado<sup>360</sup>.

La aplicación del derecho internacional está a cargo de los entes del gobierno quienes son los responsables de su aplicación y cumplimiento de las mismas, bajo las obligaciones contraídas mediante las convenciones internacionales. La supervisión para dicho cumplimiento está en cabeza de los tribunales nacionales que son entes del Estado y como tal, tienen la obligación

---

<sup>360</sup> Sobre este tema ver: Lapidoth, Ruth. "International Law within the Israel Legal System". *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, p. 451. Rubin. Benyamin. "The adoption of International Treaties into Israel Law by the Courts". *Mishpatim*. Vol. 13, 1983, p. 210. (en hebreo, traducción por la autora).



de fallar de conformidad con el derecho internacional. El no aplicarlos tiene posibles responsabilidades internacionales<sup>361</sup>.

Los jueces son los candidatos más idóneos dentro de los sistemas nacionales para aplicar el derecho internacional por su independencia política. El poder judicial debe ser independiente de los gobiernos nacionales, que le permite usar los instrumentos legales adecuados a cada circunstancia y de esta manera desarrollar las disposiciones internacionales.

Sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia internacional se ha observado lo contrario, aunque los tribunales comparten posturas similares en materia de costumbre internacional, en algunas ocasiones las decisiones son totalmente opuestas con la normativa y responden solo a los intereses gubernamentales. El enfoque de los tribunales para aplicar los convenios internacionales es el tomar como referencia las disposiciones que se adapten al derecho constitucional del Estado, las cuales irán en consonancia con los principios establecidos en este y acorde con los intereses y políticas del Estado.

En este sentido, se ve como el Estado sigue siendo el principal actor quien decide la distribución de funciones de autoridad donde la soberanía sigue siendo el pilar principal en el sistema internacional<sup>362</sup> y solo de manera débil ha cambiado, para ser desplazado por otros actores internacionales<sup>363</sup>; en unos estados más y en otros menos.

A pesar de lo anterior, aunque los derechos humanos son primariamente designados para tiempos de paz, la potencia ocupante en este caso Israel, está en la obligación de cumplir con estos tal como lo ha venido mostrando la practica internacional de los derechos humanos, controlado por los diferentes

---

<sup>361</sup> Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", op. cit., p. 160.

<sup>362</sup> Schreuer, Christoph. "The Waning of Sovereign of State: Towards a New Paradigm for International Law?" *The European Journal International Law*. Vol. 4, 1993, p. 453.

<sup>363</sup> Como por ejemplo, organizaciones internacionales, ONGs o Estados que pueden influenciar en el comportamiento en el momento de aplicar el Derecho Internacional, aunque en definitiva será el Estado quien decida sobre el asunto.

organismos internacionales como: la Corte Internacional de Justicia<sup>364</sup> y las Naciones Unidas a través de sus diferentes procedimientos públicos. En consecuencia, si no se aplica dentro de los TO el DIDH constituiría un incumplimiento de las disposiciones internacionales y los tratados internacionales vinculantes para el Estado de Israel.

Ahora bien, los Estados se comprometen a través de tratados internacionales a cumplir con obligaciones. No obstante, esta regla no aplica para aquellos Estados que se encuentran en conflicto siempre y cuando exista una excepción permitida para la suspensión de los derechos. Por tanto, el derecho interno debe estar en consonancia con las disposiciones internacionales.

El TSI ha respondido ante las acciones de los militares en los TO, con el argumento que éstos son los encargados de decidir si determinados hechos atentan contra la seguridad del Estado. Ha intentado explicar las razones jurídicas que respaldan las medidas tomadas como: las deportaciones<sup>365</sup> y las destrucciones de viviendas<sup>366</sup>, considerando en algunas ocasiones que no han sido ilegales bajo el derecho internacional.

En otros casos condenó los abusos cometidos por las acciones militares llevadas a cabo en los TO como medidas ilegales y las anuló<sup>367</sup>. El TSI no analiza estos actos por ser contrarios al derecho internacional, ni los rechazó por las estrategias utilizadas o las políticas gubernamentales que las avalan; se

---

<sup>364</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 69.

<sup>365</sup> Véase HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defense*, p. 4. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/EnglishVerdictsSearch.aspx> [Consulta: 3 de julio de 2011]. En este caso el TSI justificó las deportaciones a los líderes de organizaciones terroristas como respuesta a los actos de terror cometidos por las organizaciones terroristas de Hamas y la Jihad Islamica. El Gobierno otorgó autonomía a los comandantes militares en Cisjordania y la Franja de Gaza para la deportación de personas. Ver, Distein, Yoram. "Deportation from Administered Territories". *Tel-Aviv. University Law Review*. Vol. 13, 1983, p. 403. (en hebreo, traducción por la autora). Éste autor hace una crítica a las deportaciones masivas realizadas por el gobierno de Israel.

<sup>366</sup> Sobre este tema consultar las siguientes sentencias, HCJ 897/86, *Jaber v. The Head of the Central Commander of the IDF*; HCJ 698/85, *Dajalis v. IDF Commander in Judea and Samaria*. Véase, Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., p. 180.

<sup>367</sup> HCJ 390/79, *Dweikat et al. v. The Government of Israel*. En, *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 9, 1979.

ha centrado en las tácticas utilizadas o en el uso adecuado del poder discrecional del comando militar<sup>368</sup>. Sin hacer una interpretación más a fondo de la normativa internacional, de las prohibiciones y las medidas de castigo contrarias con la misma.

En *Elon More* declara la construcción de un asentamiento judío como ilegal porque considera que el comando militar no usó de manera discrecional los poderes, aunque no rechaza de manera directa las medidas por ser contrarias bajo el derecho internacional<sup>369</sup>. El TSI en algunos temas considera que son asuntos políticos y por tanto, no hace un análisis exhaustivo del mismo. Pero cuando estos asuntos son contrarios a los derechos fundamentales y son cometidos por el gobierno militar, están dentro de su jurisdicción.

En el caso del establecimiento de los asentamientos judíos como política gubernamental, el TSI se pronuncia en cuanto a las estrategias militares cuando estas sean contrarias con la normativa internacional, más no entra a hacer un análisis detallado de las acciones tomadas dentro de los TO y contrarias al derecho internacional<sup>370</sup>.

Las decisiones tomadas en relación con los TO es un tema independiente de la aprobación del Estado<sup>371</sup>, por eso el TSI toma como referencia el derecho internacional para mostrar su independencia y jurisdicción derivada de sus competencias jurídicas en la materia. Aunque en el derecho interno se disponga lo contrario, los tribunales deben asegurar su propia legitimación<sup>372</sup>.

Por otra parte, desde la ocupación en 1967 se han presentado diferentes tipos de casos ante el TSI en relación con la aplicación del derecho

---

<sup>368</sup> Ver, Benvenisti, Eyal. "Judicial Review of Administrative Action in the Territories Occupied in 1967". En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*, op. cit., p. 376.

<sup>369</sup> Véase HCJ 390/79, *Dweikat et. al. v. Government of Israel*, op. cit., p. 345. HCJ 4481/91 *Bargil v. Government of Israel*, op. cit.

<sup>370</sup> Véase, Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., p. 181.

<sup>371</sup> Shamir, Ronen. "Landmark case" and the reproduction of legitimacy: The case of Israel's High court of Justice'. *Law and Society Review*. Vol. 24, nº 3, 1990, p. 781.

<sup>372</sup> *Ibidem.*, p.782.

internacional en los TO relacionadas con las FDI y el tema de la seguridad y las políticas llevadas a cabo dentro de estos. Donde se observa una práctica doctrinal del TSI que limita en algunos casos la aplicabilidad de la normativa internacional y por otra, la posibilidad de revisión judicial en todos los casos que se presenten sin importar el poder judicial que lo ejecute.

Esta tendencia doctrinal se ha presentado haciendo una interrelación entre la competencia del TSI para conocer los asuntos que son decididos por el gobierno militar en los T.O, que chocan con el principio establecido de seguridad como un término absoluto y necesario para la protección del Estado. Lo que ha contribuido en gran medida a la suspensión en la aplicación de los principios internacionales ampliamente reconocidos dentro del derecho internacional, y también los tratados internacionales ratificados por el Estado; así como el rechazo de algunas doctrinas que disponen la revisión judicial.

En definitiva, la doctrina del TSI se ha inclinado por excluir en algunas ocasiones la aplicación del derecho internacional en los TO en favor de la aplicación del derecho interno y por otra parte, bajo el argumento de la seguridad nacional que justifica muchos actos ilegales por la situación de emergencia que vive el Estado. Lo que ha dificultado la aplicación de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Israel, de manera que no pueden ser invocados contra el gobierno<sup>373</sup>.

No obstante, en la jurisprudencia dictada por el TSI también se observa ambivalencia en su posición, porque en ocasiones se aleja de la postura oficial del gobierno sobre la aplicación de los tratados internacionales en los TO. Donde establece una doctrina muy variada que se fundamenta en el derecho internacional y las obligaciones de los Estados en momentos de ocupación beligerante.

El TSI se abstiene de intervenir en asuntos de carácter militar porque considera que son los militares quienes tienen mayor competencia en el asunto

---

<sup>373</sup> Benvenisti, Eyal Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court”, op. cit., p. 182.

y no le corresponde intervenir en las tácticas o decisiones militares por no tener el conocimiento sobre esto. Aunque en algunas ocasiones en realidad responde a una decisión de interés general como la seguridad nacional y de Estado.

Esta posición del TSI se reflejó en el caso sobre la deportación de 415 personas de los TO donde los demandantes invocaron la aplicación de las normas internacionales que prohíben el traslado de la población a otro lugar fuera de su residencia. No obstante, la orden se discutió bajo las disposiciones del derecho administrativo israelí, que es una fuente jurídica aplicada por los tribunales a la hora de dirimir los conflictos relacionados con las acciones militares<sup>374</sup>.

En este caso expuso que a pesar de existir el derecho del detenido a ser escuchado antes de la deportación este derecho no invalida las órdenes proferidas en el momento del traslado. Porque todas las actuaciones contrarias al derecho cometidas por los militares en el momento de la deportación podrían ser modificadas es decir, la decisión no era permanente sino que tenía posibilidad de apelación.

Aunque el Estado de Israel justifique en determinados momentos la inaplicabilidad de los tratados internacionales, porque tiene herramientas jurídicas internas que no le permiten la aplicación de los mismos, o no son incorporadas por ser parte del derecho interno como reflejo de la costumbre internacional, esto no lo exime de las obligaciones contraídas en materia de Derechos Humanos.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la posición de TSI no es fácil, porque es parte de un Estado que se encuentra en conflicto desde su creación y donde se declaró el Estado de Emergencia permanente. Donde además debe responder a los intereses de un Estado ocupante en el que sus decisiones están vinculadas a la religión a pesar de su independencia jurídica. Pero de

---

<sup>374</sup> Ver, HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. The Minister of Defense*.

todas maneras, al final estos valores judíos entran en choque con los intereses de la población que no comparte estos mismos principios, como el caso de la población árabe.

## **2. La Costumbre Internacional en el Derecho Público de Israel<sup>375</sup>**

Este comportamiento del TSI guarda relación con la noción de que Israel es un Estado con una influencia de diferentes ordenamientos jurídicos. El derecho israelí es una mezcla de derecho civil y el derecho consuetudinario. Orígenes legales basados en códigos legislativos, en el papel del juez, las costumbres internas, derecho comparado y el balance entre el sistema y el acercamiento a la casuística. Como muestra de esto es la integración entre el derecho civil y religioso en Israel. Pero en definitiva, la costumbre internacional puede servir como fundamento para el desarrollo del derecho interno de Israel<sup>376</sup>.

Ahora bien, la incorporación del derecho internacional en su derecho interno va determinada de acuerdo al tipo de normativa internacional. Es decir, de origen consuetudinario o convencional. La doctrina desarrollada a través de los años por el TSI determina la costumbre internacional como parte del sistema jurídico interno y por tanto su incorporación es automática, y no tiene que ser confirmado mediante un acto legislativo por el Knesset.

No obstante, cuando se presenta duda o difiere respecto de la normativa nacional, prevalece ésta última. En este sentido, se han presentado informes porque algunos tratados no han sido incorporados en el sistema jurídico

---

<sup>375</sup> La costumbre internacional puede ser definida de dos formas: *voluntarist* y *positivist approach*, que considera la costumbre como un acuerdo tácito donde se encuentra el consentimiento de los Estados. El origen de las reglas internacionales se deriva de los acuerdos o pactos llevados a cabo entre estos, lo cual puede ser expresado por medio de un tratado internacional o por la conducta de los Estados que aceptan estas normas. Frente a esto, encontramos el acercamiento positivista, centrado en que toda norma legal es el producto de la voluntad; Ésta como cualquier otra regla es el resultado de un mecanismo de creación del derecho. Véase a: Casanovas, Oriol. *Unity and Pluralism in Public of International Law*. Netherlands: Martinus Nijhoff, 2001, pp. 29-30; Mariño Menéndez, Fernando M. *Derecho Internacional Público. (Parte General)*. Madrid, Trotta, 2005, pp. 247-255. Shetreet, Shimon. "Custom in public law". *Israel Law Review*. Vol. 21, 1986, pp. 453-459.

<sup>376</sup> HCJ 7092/94, *The Queen v Sheldon G. Edelson*, parr. 12

interno, como ejemplo se tiene el PIDESC el cuál por tanto no puede ser invocado ante los tribunales.

A diferencia de la posición del Estado en algunas ocasiones el TSI aplica tratados internacionales que no están incorporados dentro del sistema jurídico israelí. La costumbre internacional tiene una posición predominante y es aceptada como fuente del derecho, siempre que no haya un conflicto con el derecho interno porque sino prevalece éste<sup>377</sup>.

Sin embargo, la costumbre internacional que se consolida en general con la práctica de los Estados<sup>378</sup>, presenta un problema a la hora de establecer cómo se verifica la existencia de la práctica general de los Estados aceptada como derecho. En este sentido, Dinstein sostiene:

“...the practice of States in the domain of belligerent occupation is desultory”. One may therefore question whether it lays sufficient ground for the development of customary international law. While the phrase ‘general practice’ is broad enough to cover domestic legislation, military manuals and the like”.

En este mismo sentido, la práctica relacionada entre el poder del ocupante y la población civil del territorio ocupado no está ampliamente detallada<sup>379</sup>. Aunque la ocupación israelí podría ser un ejemplo, no siempre se cumple con las disposiciones humanitarias que son ampliamente aceptadas como costumbre internacional.

---

<sup>377</sup> HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria*, pp. 42-43.

<sup>378</sup> Esta adopción voluntaria por los Estados requiere el consentimiento de mayoría, aunque esa aprobación no es dada expresamente sino tácitamente y se puede reconocer en la forma en que actúan. Véase sobre la consolidación de la doctrina de la costumbre internacional a través de: el consentimiento de la mayoría, la voluntad de adopción por los Estados y la intención de crear un instrumento legal jurídicamente vinculante. Walden, Raphael M. “The Subjective Element in the Formation of Customary International Law”. *Israel Law Review*. Vol. 12, 1977, pp. 345-346, 349-351.

<sup>379</sup> Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op cit., p. 4

Así que los principios legales aplicados por el TSI dentro de los TO son la costumbre internacional y el derecho local que responde al artículo 43 de los Reglamentos de la Haya adoptado por la Proclamación Nº 2. En este sentido Meir Shamgar dijo:

"Within the framework of municipal law, the rules of customary international law are regarded as incorporated therein but only in so far as they are not inconsistent with rules enacted by statute or finally declared by national courts or tribunals"<sup>380</sup>.

La costumbre internacional<sup>381</sup> se reconoce como fuente del derecho público de Israel y ha evolucionado con el tiempo generando una doctrina en materia de derechos humanos y en especial con respecto al conflicto palestino. Ha sido aplicada en especial por el TSI creando grandes avances dentro del sistema interno de derechos humanos en el mismo<sup>382</sup>. Es aceptada como parte del sistema israelí y puede ser invocada frente a los tribunales israelíes, quienes son los que establecen esta condición.

En la jurisprudencia del TSI se ha reflejado un conflicto permanente entre el cumplimiento de los estándares internacionales y por otro lado, el tema de la seguridad nacional<sup>383</sup>. En este conflicto de intereses que se ha visto abocado el TSI ha creado una jurisprudencia que limita en muchos casos la aplicabilidad de las normas internacionales en los tribunales israelíes en temas como la ocupación beligerante, derechos humanos, territorios ocupados y estrategia militar.

En el caso de los TO y la administración militar la adecuación de los tratados internacionales ha sido interpretado en términos generales, de manera que se adecue a las circunstancias presentes en la región porque en muchos

---

<sup>380</sup> HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit., p. 45.

<sup>381</sup> El TSI establece la costumbre internacional de conformidad con el criterio de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38(1) (a y b) del Estatuto de la Corte.

<sup>382</sup> Rotem, Gilady M. "The practice and case law of Israel in matters related to international law", *Israel Law Review*. Vol.32, 1998, p. 484.

<sup>383</sup> Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., p. 178



casos a la luz del artículo 43 de los Reglamentos de la Haya que describe las condiciones que deben existir para la modificación del *status quo ante* no especifica qué hacer en situaciones de ocupación prolongada.

En este sentido, el TSI otorgó autonomía a la administración militar para que actuara de conformidad con su conocimiento y tácticas militares que se adecuen a lo dispuesto por el derecho de ocupación beligerante. Aunque en muchos casos prefiere no interferir en las decisiones militares y conceder un amplio margen de interpretación de la normativa internacional<sup>384</sup>. Tampoco se ha pronunciado sobre los métodos de la administración para la adquisición de tierras de propiedad privada en los T.O<sup>385</sup>. Es así como en la jurisprudencia ha considerado que las destrucciones de viviendas y las deportaciones no son ilegales a la luz del derecho internacional<sup>386</sup>. Aunque en otras ocasiones ha declarado las medidas como ilegales y contrarias con las disposiciones internacionales.

No obstante, en estas decisiones no entra a discutir sobre las medidas tomadas por el gobierno ni cuestiona las actividades del gobierno militar. Solamente declara la ilegalidad pero no cuestiona la política seguida por las instituciones gubernamentales sobre el procedimiento llevado a cabo.

De este modo, el TSI toma en cuenta la práctica internacional suficientemente amplia y admitida en los diferentes Estados para aplicarla sus sentencias<sup>387</sup>. En algunas ocasiones, ha reconocido la noción de la costumbre y la aplicación de la misma para emplearla dentro de un proceso de conformidad con el derecho internacional y el fundamento de los derechos básicos del derecho israelí<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> Ver HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*.

<sup>385</sup> Incompatible con los artículos 52, 55 de los Reglamentos de la Haya.

<sup>386</sup> Para ver la posición del TSI en relación con las deportaciones véase, HCJ 785/87, *Abd Al Nasser Al Azis v. Commander of IDF*, p. 100.

<sup>387</sup> En este sentido, se puede consultar al autor Kretzmer, David. "Human Rights". En, Cohen-Almagor, Raphael. *Israeli Democracy at the Crossroads*. New York: Routledge, 2005, p.41.

<sup>388</sup> HCJ 7092/94, *The Queen v Sheldon G. Edelson*, párrs.13, 21. En este caso el Tribunal tiene en cuenta los principios internacionales de la costumbre internacional y el derecho interno israelí.

¿Cómo puede un Estado ser democrático y luchar por la defensa del interés público si no respeta los derechos mínimos de las personas que están bajo ocupación? un Estado no puede alegar que por motivos de seguridad o interés estatal, goza de libertad para violar los derechos fundamentales de las personas, puesto que son normas naturales, principios reconocidos por la Comunidad Internacional.

Israel reconoce la costumbre internacional porque se imponen a todos los sujetos de manera obligatoria y está basada en el consenso universal sobre determinados valores mínimos elementales; son de interés general para la humanidad. A su vez, se trata de normas jurídicas indispensables para la vida de la comunidad internacional que reflejan un interés colectivo; se formulan a través del consenso universal de los sujetos de la comunidad internacional<sup>389</sup>.

A través de los años Israel ha tenido en cuenta la *opinio juris* y la práctica de los Estados como algo vinculante para éste, y dentro de su forma de actuar tomó en cuenta la práctica internacional, por tal motivo se puede decir que la costumbre internacional ha consolidado las normas existentes en el derecho israelí y fortalecido los principios del mismo. Es así como los tratados ratificados por Israel pueden servir como referencia para el sistema jurídico israelí como posibles fuentes que aplican la costumbre internacional y que son producto de la práctica constante y generalmente aceptada por los Estados en general<sup>390</sup>.

El argumento de Israel para justificar algunos hechos que van en contra del derecho internacional y la costumbre internacional es la premisa básica sostenida por la dicotomía entre la guerra y la paz, teniendo en cuenta que la paz es lo normal en un Estado y la guerra la excepción. A pesar de este

---

<sup>389</sup> En este sentido, ver la sentencia sobre las detenciones administrativas llevadas a cabo dentro de los TO y el concepto del TSI en relación con la costumbre internacional. Donde es necesario hacer un balance entre la libertad y la seguridad pública. Teniendo en cuenta que el individuo goza de la presunción de inocencia. HCJ 3278/02, *Center for Defense of the individual v. IDF Commander in the West Bank*.

<sup>390</sup> Rotem, Giladi M. "The practice and case law of Israel in matters related to international law", op. cit., pp. 490-491.

argumento, se debe tener en cuenta que los derechos humanos de la población no pueden ser vulnerados esgrimiendo la necesidad militar<sup>391</sup>.

Aunque el conflicto que se vive dentro de los TO<sup>392</sup> genera un problema en la aplicación de los derechos humanos, esto no justifica que la población civil sea atacada y mucho menos que se suspendan sus derechos fundamentales por razones militares. Las personas que se encuentran en esta situación tienen el derecho a la protección de su vida por encima de otros intereses<sup>393</sup>.

Ahora bien, la política que Israel ha llevado a cabo en los años de ocupación ha dotado de mayor autoridad y poder al gobierno militar sobre la región<sup>394</sup>, incluso pese a la retirada de Gaza en 2005, que transfirió plenos poderes a la Autoridad Palestina aunque en la práctica es contrario.

En palabras de Hammer, la costumbre internacional ha sido considerada más bien como el lento y difícil origen para el desarrollo del derecho internacional. Los tratados son un instrumento escrito y proporcionan una aplicación lógica que permiten determinar las normas y pueden servir como fuente fundamental para afianzar la costumbre internacional de los derechos humanos. Con la aceptación y aplicación de los tratados se puede obtener una *opinio juris*<sup>395</sup> de los Estados en respuesta a la aplicación de las obligaciones

---

<sup>391</sup> Sobre la necesidad militar ver a: Gross, Oren; Aolain, Fionnuala. "Emergency, War and International Law-Another Perspective". *Nordic Journal International Law*. Vol. 70, 2001, pp.31-32.

<sup>392</sup> Milano, Enrico. *Unlawful territorial situations in international law: reconciling effectiveness, legality and legitimacy*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp.90-91

<sup>393</sup> La obligación de base es siempre igual: el derecho internacional dispone que las partes en un conflicto armado hagan una distinción entre los civiles y los combatientes, de igual forma entre los objetivos militares y los que no lo son. Ver, Howard, M. Hensel. *The law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*. England, Global Interdisciplinary Studies Series, 2005, pp.105-106. Doswald-Beck, Louise. "El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el derecho internacional humanitario respuesta a todas las cuestiones?" *International Review of the Red Cross*. N° 864, Diciembre de 2006, pp. 2-3 (En el caso de los civiles que participan directamente en las hostilidades no existe una posición clara de cuándo estos civiles pueden ser atacados).

<sup>394</sup> Véase entre otros autores, Shehadeh, Raja. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*, op, cit., p. 4. Walden, Raphael M. "The subjective element in the formation of customary international law". *Israel Law Review*. Vol. 12, 1977, pp. 357-358.

<sup>395</sup> Este principio ha sido formulado de diferentes maneras, pero todas tienen en común que la práctica en relación con la costumbre internacional debe ser aplicada con la convicción de

derivadas del mismo, lo cual puede generar un cambio en la práctica desarrollada.

A pesar de esto, no todos los principios contenidos en los tratados, declaraciones y demás instrumentos tienen el mismo valor jurídico. Para determinar la costumbre internacional se puede tener en cuenta un criterio característico que se consigue a través de la configuración de las normas de *ius cogens*<sup>396</sup> de derechos humanos en el ámbito internacional.

Ahora bien, por medio de la ratificación de los tratados de derechos humanos, Israel reconoce las obligaciones internacionales en esta materia, según la práctica consuetudinaria de los Estados. Los cuales entran a jugar un papel importante dentro del desarrollo de la jurisprudencia de Israel y vinculan al estado para el cumplimiento de las obligaciones. En otras palabras, la costumbre internacional de los derechos humanos ha venido evolucionando dentro del derecho interno del Estado, es parte de su jurisprudencia y por ende del derecho nacional.

### 3. Los Tratados Internacionales

En Israel no es necesario que los tratados internacionales firmados por el Estado sean aprobados por el Knesset, aunque con los años la practica ha cambiado está situación<sup>397</sup>. Ahora el Gobierno presenta ante el Knesset los

---

que ésta es obligatoria; como también que la práctica es vinculante a la ley y aunque no es obligatoria si es declarativa. Véase entre otros autores, Walden, Raphael M. "The subjective element in the formation of customary international law", op. cit., p. 359. Hammer, Leonard M. "Reconsidering the Israeli Courts Application of Customary International Law in the Human Rights Context", *ILSA Journal International Law & Comparative Law*. Vol. 5, 1998-1999, pp.26-27. Mariño Menéndez, F. *Derecho internacional público (Parte general)*, op. cit., pp. 274-277.

<sup>396</sup> Véase entre otros autores, Casado Raigón, Rafael. *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999, p.11. Cassese, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A legal Reappraisal*. New York, The Press Syndicate of The University of Cambridge, pp.169-171. Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 227-228.

<sup>397</sup> Hirsh, Moshe. "Treaty-Making Power: Approval of the Israel-Egypt "Pfiladelfhi Accord" By the Knesset", op. cit., p. 230

tratados antes de ser ratificados, cuando estos son de especial relevancia para el Estado<sup>398</sup>.

Las Reglas de Procedimiento del Gobierno estipulan que es posible llevar el tratado internacional para su ratificación sólo después de que haya sido depositado en la secretaría de la Knesset durante al menos dos semanas, en el curso de una sesión. En el transcurso de los años se han presentado diferentes proyectos de ley para mejorar el procedimiento cuando los tratados requieren una ratificación urgente<sup>399</sup>.

Otra propuesta fue la de incluir una disposición donde debe existir un debate en el pleno del Knesset sobre un tratado determinado, con la solicitud de veinte miembros del parlamento, y el Gobierno no lo podrá ratificar antes de que sea aprobado por el Knesset<sup>400</sup>.

Para que un tratado internacional ratificado por Israel sea reconocido dentro del Estado, es necesario que sea aprobado por el Knesset de lo contrario no surte efectos legales dentro del mismo<sup>401</sup>. A pesar de que Israel ha ratificado varios tratados de derechos humanos, no todos han sido incorporados dentro de su sistema legal por las implicaciones que tendría para el Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados y su aplicación dentro de los TO<sup>402</sup>.

En este sentido se debe tener en cuenta que la aplicación extraterritorial de los tratados<sup>403</sup> según la jurisprudencia internacional se aplica solo a los territorios que están bajo jurisdicción del Estado parte<sup>404</sup>. En consecuencia, la

---

<sup>398</sup> Ben-Porat, Dafna; Hodaya Kain, Ms. *The Role of the Parliament in the Ratification of International Treaties and Agreements Comparative Survey*. July 10, 2003. Disponible en Web: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/me00647.pdf> [Consulta: 8 de mayo de 2010]

<sup>399</sup> *Ibidem.*, p. 2.

<sup>400</sup> *Ibidem.*

<sup>401</sup> Sobre la adopción de los tratados véase, Rubin, Benyamin. The Adoption of International Treaties into Israel by the Courts. *Mishpatim*. Vol. 13, 1983, pp. 223-227. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>402</sup> Dennis, Michael J. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation". *The American Journal of International Law*. Vol. 99, 2005, p. 119.

<sup>403</sup> *Ibidem.*, pp. 122-127.

<sup>404</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 70.

aplicación extraterritorial de los tratados en materia de derechos humanos aplicaría en Cisjordania y la Franja de Gaza<sup>405</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que Israel se retiró de manera unilateral de Gaza y que por tanto no tendría control efectivo sobre la región.

Como la retirada de Israel no fue total, se puede concluir que tiene el control y por esto los tratados serían aplicados en los TO<sup>406</sup>. Aunque los tratados limitan la aplicación de sus disposiciones únicamente a las Altas Partes contratantes, se puede tomar como referencia en este caso la costumbre internacional de los derechos humanos que frecuentemente es reflejada en las cláusulas sustantivas de estos tratados<sup>407</sup>.

Por este motivo, un Estado debe ajustar manifiestamente su sistema legal a fin de incorporar las obligaciones derivadas de tratados internacionales al derecho interno, algo que evidentemente no tiene Israel porque su incorporación no es de carácter automático sino legislativo<sup>408</sup>.

Como la ley de Israel no establece claramente la rama del poder que obliga al Estado a cumplir con los tratados ratificados por éste, el TS dictaminó que se trataba de una prerrogativa presidencial. Sin embargo, manifestó que solo en circunstancias especiales cuando el Gobierno pide la ratificación al Knesset de un tratado, solo en este caso la firma del presidente será necesaria<sup>409</sup>. En consecuencia, los tribunales son los encargados de determinar la aplicabilidad de un tratado, ya sea a través de la incorporación o la aplicación directa del mismo<sup>410</sup>. El derecho internacional puede ser de ayuda en la adopción de los tratados en Israel, tomando como referencia la Convención de Viena del Derecho de los Tratados como instrumento de

---

<sup>405</sup> Dennis, Michael J. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", op. cit., p. 120.

<sup>406</sup> *Ibidem*, pp.129-130.

<sup>407</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 71.

<sup>408</sup> El IV Convenio de Ginebra fue ratificado por Israel el 6 de julio de 1951.

<sup>409</sup> Rubin, Benyamin. "The Adoption of International Treaties into Israel by the Courts", op. cit., pp. 214-215.

<sup>410</sup> Conforti, Benedetto; Labella, Angelo. "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts". *Europenal Journal of International Law*. Vol. 1, 1990, p. 50.

interpretación y aplicación. Así como también, la jurisprudencia internacional en materia de tratados<sup>411</sup>.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos no son aplicados por Israel en los TO porque consideran que no estipulan nada respecto a situaciones de ocupación militar<sup>412</sup>. Los principios del Convenio de Viena no especifican qué hacer en este caso, por tal motivo los tribunales aplican su legislación interna para completar las normas que no se encuentran en las convenciones internacionales.

Las disposiciones de algunos organismos internacionales establecidos bajos tratados pueden tener efecto sobre las decisiones de los tribunales nacionales. Aunque si son contrarias con las legislación interna de los Estados los tribunales pueden evitar algunas veces el choque entre el derecho nacional e internacional al no aplicarlas<sup>413</sup>.

En diferentes ocasiones las autoridades militares aplican el derecho administrativo de Israel en los TO, desaplicando los tratados vinculantes para el Estado, porque argumenta el problema contra la seguridad. En este sentido, el TSI en pocas ocasiones ha estado en contra a pesar de reconocer que el Estado está obligado a cumplir con los tratados internacionales ratificados por éste<sup>414</sup>. De manera que en el cumplimiento de las disposiciones convencionales Israel no tiene una posición uniforme dentro del Estado, como tampoco en los TO. Por el contrario, las leyes más aplicadas son los principios del derecho administrativo de Israel.

---

<sup>411</sup> Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., p. 166.

<sup>412</sup> Hirsh, Moshe. "Treaty-Making Power: Approval of the Israel-Egypt "Pfiladelfhi Accord" By the Knesset", op. cit., p. 236.

<sup>413</sup> Conforti, Benedetto; Labella, Angelo. "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts", op. cit., pp. 52-54.

<sup>414</sup> Véase entre otros autores: Benvenisti, Eyal. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court", op. cit., pp. 176-177. Zamir, Y. "Human Rights and National Security". *Mishpaim*. Vol. 19, pp. 17, 36-37 (en hebreo, traducción por la autora). Blanch Altemir, A. *La violación de los derechos fundamentales como Crimen Internacional*. Barcelona, Bosch, 1990, p.11.

La situación que vive el Estado de Israel en materia de seguridad ha hecho que el TSI modifique su doctrina en cuanto a la aplicación de normas internacionales cuando esté en juego el balance entre la seguridad de los ciudadanos y el cumplimiento de las disposiciones internacionales<sup>415</sup>. Aunque esto no exime de responsabilidad a las autoridades militares dentro de los TO, que están obligadas a cumplir con las normas internacionales de las que son vinculantes para Israel<sup>416</sup>.

Sin embargo, el objetivo de los tratados es precisamente limitar los poderes del gobierno y evitar la violación de los derechos fundamentales a través de disposiciones que sean contrarias con los mismos<sup>417</sup>. Pero dentro del Estado israelí la ratificación estará vinculada a la supervisión y posible intervención del parlamento.

Según Benvenisti<sup>418</sup>, la separación de poderes es uno de los principales instrumentos para construir un sistema democrático que promueva y proteja la dignidad humana. Éste principio busca garantizar que la decisión sobre la organización básica de la sociedad sea tomada por los representantes de la sociedad y de ninguna forma sean usurpadas por el gobierno; lo que es importante para el desarrollo del Estado. En caso de conflicto entre el principio de separación de poderes y el principio de dignidad humana éste último debe prevalecer.

El resultado de la doctrina de separación de poderes en el contexto de los tratados de derechos humanos no protege la democracia israelí de posibles abusos de poder, porque puede permitir al gobierno incumplir los compromisos

---

<sup>415</sup> Ver, Barak, Aharon. "Human Rights in Israel", op. cit., p. 24. Benvenisti, Eyal. "The applicability of Human Rights conventions to Israel and to the Occupied Territories". *Israel Law Review*. Vol. 26, 1992, pp. 25-26.

<sup>416</sup> Zamir, Itzhak; Colombo, Sylviane. *The law of Israel: general surveys*. Jerusalem, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1995, p. 119.

<sup>417</sup> Barak-Erez, Daphne. "The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue". *International Journal of Constitutional law*. Vol. 2, nº 4, 2004, p. 614.

<sup>418</sup> Benvenisti, Eyal. "The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future". *Israel Law Review*. Vol. 28, 1994, p.145.



adquiridos por vía convencional<sup>419</sup>. En este sentido, la doctrina de separación de poderes no se vería afectada en Israel y por el contrario en materia de derechos humanos sería importante que exista un ente de control que proteja de los abusos por parte del Poder ejecutivo en el cumplimiento de las disposiciones de los tratados internacionales.

Esta situación debe conjugarse en un Estado democrático donde la idea de la soberanía y el interés nacional no debe estar por encima de los derechos humanos. Por tal razón se proclamaron en Israel las Leyes Básicas<sup>420</sup> que responden a las obligaciones adquiridas por Israel de manera convencional en los diferentes tratados sobre derechos humanos.

Sin embargo, el gobierno no está autorizado para suspender los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos que son parte de la costumbre internacional, porque estaría incumpliendo con las obligaciones internacionales y con la legislación interna reflejada en las *Leyes Básicas*. Aunque en muchas ocasiones incumple estas disposiciones porque invoca el interés general o la seguridad nacional.

En consecuencia, el Estado de Israel reconoce los tratados, declaraciones, convenciones concluidos por las organizaciones internacionales, siempre y cuando no hayan sido derogadas por el Knesset. Es así como la integración plena de dichos instrumentos será solo aplicable para los que han sido celebrados por el Estado. El TSI ha realizado una revisión de los diferentes instrumentos internacionales para saber cuáles son normas de carácter consuetudinario o convencional, y si hay diferencia entre estos para su aplicación dentro de los TO.

---

<sup>419</sup> El sistema israelí es dualista, de tal manera que se considera al derecho nacional y al internacional como autónomos, sin relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico, como sistemas que se relacionan entre sí. Cuando ocurre que una determinada materia es objeto del derecho internacional, como del derecho nacional, no se busca cual tiene mayor jerarquía, sino en definir si el problema se encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o nacional. Véase, Thomas M. Frank; Arun K. Thiruvengadam. "International Law and Constitution-Making". *Chinese Journal International Law*. Vol. 2, 2003, p. 470.

<sup>420</sup> Véase, Harnon, Eliahu. "The impact of the basic law: Human dignity and liberty on the law of criminal procedure and evidence". *Israel Law Review*. Vol. 33, 1999, pp. 681-683.

## 4. La aplicabilidad del DIDH y del DIH en los Territorios Ocupados

### I. La interpretación de estos dos instrumentos

El Derecho Internacional de Ocupación y el DIH serán aplicados dentro de Cisjordania y la Franja de Gaza porque determinan cuáles son los poderes y los límites del ocupante<sup>421</sup>, así como las necesidades de la población ocupada. Sin embargo, a causa de los actos violentos originados por los grupos armados que utilizan el terror como forma de obtener el control en la región, los cuáles aprovechan del desespero y la vulnerabilidad de la población para conseguir adeptos para sus actos suicidas. Esta situación hace difícil la aplicabilidad de estas normas en determinadas circunstancias en los TO<sup>422</sup>. Algo que ha sido contrarrestado con la infraestructura y las tácticas militares en la región, frustrando los diferentes actos terroristas.

El DIDH se debe aplicar dentro de los TO porque refuerza el sistema legal existente y ayuda a la consecución de éste en determinados casos, teniendo en cuenta que el Estado israelí no cuenta con una constitución. El Estado acepta que para conseguir un sistema democrático es necesario que éste sea competente y diligente en cuanto a la protección de los derechos humanos. En esta región se presentan unas características muy particulares a otras ocupaciones que han creado cierta confusión a la hora de aplicar el derecho de ocupación. Los principios del derecho de ocupación han sido en algunos casos ineficaces por causa de la ocupación prolongada que limita su cumplimiento en los TO<sup>423</sup>.

Como ejemplo se puede tomar el cambio de la situación en la región con la Declaración de Autogobierno Palestino<sup>424</sup> y la retirada de la Franja de

---

<sup>421</sup> Schwenkt, Edmund H. "Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations". *Yale Law Journal*. Vol. 54, 1944-1945, pp. 395-396

<sup>422</sup> Véase, Grant T. Harris. "Human Rights, Israel, and the Political Realities of Occupation". *Israel Law Review*. Vol. 41, 2008, p. 89.

<sup>423</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., pp. 1-3.

<sup>424</sup> *Israel-Palestine Liberation Organization: Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, Sept. 13, 1993. Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Facts+About+Israel/History/HISTORY-+The+Peace+Process.htm> [Consulta: 17 de febrero de 2011]

Gaza<sup>425</sup>. Lo que hace la intervención en la región de una serie de actores que deciden sobre la vida de la población y por tanto, hace aún más urgente la adaptación del derecho de ocupación.

Por otra parte, una población bajo ocupación tiene el derecho de autodeterminación que encuentra un obstáculo para ejercer ese derecho a restablecer la soberanía perdida, al estar sometida a las disposiciones de la potencia ocupante<sup>426</sup>. Y que en este sentido, el derecho de ocupación no determina cómo el Estado ocupante quien ejerce la soberanía de *facto* de manera temporal sobre el territorio ocupado devolverá el *statu quo ante bellum* en la región. De manera que es importante contar con otros instrumentos internacionales que sirvan para protejan los derechos de la población ocupada.

Se ha planteado que la IV Convención de Ginebra y los Reglamentos de la Haya tienen los mecanismos para proteger a la población bajo ocupación, pero que a la vez no dejan de estar supeditados y limitados en el ejercicio de sus derechos porque siempre tienen que responder al ocupante para realizar cambios en el territorio ocupado. Por otra parte, no proporciona los criterios legales a seguir en el caso de modificación de la legislación previa en los casos de ocupación prolongada<sup>427</sup>.

Las leyes de ocupación no proporcionan ventajas significativas a la población ocupada en casos de larga duración, ya que hace complicada la relación con los Derechos Humanos y el DIH por el conflicto que suscita la ocupación. Por el contrario, genera más restricciones por parte de la potencia ocupante<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> El 6 de febrero del 2005 el Knesset aprobó la versión final de la Ley de Implementación del Plan de Desconexión. Disponible en Web:

[http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000\\_2009/2005/El+Plan+de+Desconexion++Reanudacion+de+I+proceso+de+paz+israeli.htm](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000_2009/2005/El+Plan+de+Desconexion++Reanudacion+de+I+proceso+de+paz+israeli.htm) [Consulta: 17 de febrero de 2011]

<sup>426</sup> Cassese, Antonio. *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*. Cambridge, University Press, 1999, pp. 240-244.

<sup>427</sup> Artículo 6 de la IV Convención de Ginebra. Establece el principio y fin de la ocupación, y dispone que se aplicará a una ocupación “one year after the general close of military operations” sin embargo, no dispone qué hacer en ocupación de larga duración. A excepción del artículo 64, que dispone sobre la legislación penal.

<sup>428</sup> Ben-Neftali, Orna; Shany, Yuval. “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories”. *Israel Law Review*. Vol. 37, 2003-2004, p. 97.

El reconocimiento de la autoridad ocupante puede con los años crear una situación de supuesta tranquilidad y legalidad que podría generar confusiones sobre las obligaciones bajo el DIDH o el DIH en este caso en los TO. Además, se presenta la dualidad de si es un territorio bajo control efectivo por parte de las FDI, si solo es parcialmente, o por el contrario son territorios autónomos.

En este sentido, Orna Ben Neftali y Yuval Shani explican: “Following the collapse of the peace process in the year 2000, Israel has re-occupied some areas in these territories, and has left the PA largely incapacitated to exercise governmental powers even in areas nominally subject to its control”. En el 2005, fue la retirada unilateral de las Fuerzas de Seguridad y los asentamientos de la Franja de Gaza<sup>429</sup>. En este caso, la retirada de los TO en realidad fue parcial porque Israel se reserva el derecho de mantener el control en determinadas situaciones que así se requiera por cuestiones de seguridad, y control gubernamental.

Israel a través de los años firmó y ratificó varios tratados ratificados en materia de derechos humanos<sup>430</sup>. En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) coincide con las disposiciones internas de Israel y por tanto, pueden ser invocadas en los tribunales israelíes. Pero en 1967 el TSI reconoció la obligación de cumplir algunos tratados de Derechos

---

<sup>429</sup> El Primer Ministro Ariel Sharon se dirigió ante la Asamblea General de Naciones Unidas manifestando que esto representaba el fin del control israelí y la responsabilidad Sobre la Franja de Gaza. Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addresses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm> [Consulta: 18 de febrero de 2011]

<sup>430</sup> Las siguientes tratados han sido ratificadas por Israel: PIDCP y el PDESC, 3 octubre de 1991; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas Discriminación Racial, 3 de enero de 1979; Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 3 de octubre de 1991; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penal Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 3 de octubre de 1991 (en adelante CCT). Véase los tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Israel, Disponibles en Web: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/ratification-israel.html> [Consulta: 3 de febrero de 2011]. Véase, Ben-Naftali, Orna; Michaeli, Keren R. “We Must Not Make a Scarecrow of the Law’: A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings”. *Cornell International Law Journal*. Vol. 36, 2003-2004, pp. 262-263.

Humanos por ser el reflejo de la costumbre intencional, como por ejemplo el PIDCP y la DUDHD<sup>431</sup>, que no siempre son de aplicación en los TO<sup>432</sup>.

La posición de Israel en relación con la aplicación de estos tratados se basa en los siguientes argumentos: a) la aplicabilidad simultánea del DIH y DIDH son contradictorios entre sí, y las disposiciones humanitarias que aplican a situaciones de conflicto excluye cualquier otra norma. b) la interpretación de los tratados que son vinculantes para Israel disponen una clausula de jurisdicción en materia de derechos humanos que son de aplicación dentro de la soberanía del territorio y no de forma extraterritorial c) la creación de la Autoridad Palestina y la transferencia de soberanía<sup>433</sup>.

La perspectiva del TSI en un principio fue positiva respecto a la aplicación del derecho internacional, incluso se puede decir que adoptó una posición monista frente a las normas internacionales. Pero la mayoría de las demandas que fueron presentadas contenían el tema de la seguridad que hizo limitar la aplicación del derecho internacional en los TO<sup>434</sup>.

En el caso de ocupación prolongada donde la IV Convención de Ginebra no prevé las garantías y necesidades adicionales que surgen para la población

---

<sup>431</sup> Benvenisti, Eyal. "The Attitude of the Supreme Court of Israel towards the Implementation of the International law of Human Rights". En, Benedetto Conforti, Francesco Francioni. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. Netherlands, Kluwer Law International, 1997, p. 211

<sup>432</sup> Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., pp. 22-23

<sup>433</sup> *Ibidem.*, op. cit., p. 26.

<sup>434</sup> Benvenisti, Eyal. "The Attitude of the Supreme Court of Israel towards the Implementation of the International law of Human Rights". En, Benedetto Conforti, Francesco Francioni. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, op. cit., p.213. Respecto a la posición del Estado frente a los tratados internacionales el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó: "The Committee also reiterates its concern about the State party's position that the Covenant does not apply to areas that are not subject to its sovereign territory and jurisdiction, and that the Covenant is not applicable to populations other than the Israelis in the occupied territories. The Committee further reiterates its regret at the State party's refusal to report on the occupied territories... In addition, the Committee is deeply concerned at the insistence of the State party that, given the circumstances in the occupied territories, the law of armed conflict and humanitarian law are considered as the only mode whereby protection may be ensured for all involved, and that this matter is considered to fall outside the sphere of the Committee's responsibility". En, E/C.12/1/Add.90 Israel 23 May, 2003, parr. (15). Disponible en Web: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.90.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.90.En?OpenDocument) [Consulta: 22 de febrero de 2011]

se hace necesaria la aplicación del DIDH<sup>435</sup>. Aunque surge la dificultad de aplicación de los derechos humanos por los Estados ocupantes: cuando se hace la transferencia de obligaciones a las autoridades de los TO, donde pasan a ser territorios autónomos; y la aplicabilidad extraterritorial de los tratados en derechos humanos ratificados por el ocupante en áreas donde ya no ejerce el control.

En el caso de los TO es muy importante crear unos parámetros a seguir por ambas partes del conflicto para cumplir con sus obligaciones. Ahí es importante el papel del TSI como garante de los derechos humanos en los TO y de la aplicación del derecho internacional. Donde se genere una doctrina de protección y respeto por los derechos fundamentales y se utilice el DIDH como refuerzo al cumplimiento de estos<sup>436</sup>.

### **A. Conflicto entre la aplicación del DIH y el DIDH**

El derecho aplicable a situaciones de ocupación militar es el DIH. Por este motivo Israel argumenta que no se debe aplicar el DIDH porque solo se toma como referencia en situaciones de paz<sup>437</sup>. El cuál se desarrolla dentro de un contexto normal relacionado entre el Estado, Gobierno, y los ciudadanos.

Mientras que el DIH se aplica entre Estados y regula las acciones militares que sirve como mecanismo efectivo en la protección de las personas en un conflicto armado<sup>438</sup>. Lo que regula es qué hacer en situaciones de conflicto, como también los deberes y derechos de las partes en el mismo.

---

<sup>435</sup> Doswald-Beck, Louise. "El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el Derecho Internacional Humanitario respuesta a todas las cuestiones?", op. cit., pp. 13-15.

<sup>436</sup> Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., p. 23, 114-115.

<sup>437</sup> Dennis, Michael. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", op. cit., pp. 139-140

<sup>438</sup> Doswald-Beck, Louise; Vite Sylvain. International Humanitarian Law and Human Rights. *International Review Red Cross*. Vol. 33, 1993, pp. 94-100. Schindler, Dietrich. The separate evolution of international humanitarian law and of human rights. *International Review Red Cross*, nº 208, 1979. Disponible en Web:

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jm9z.htm> [Consulta: 22 de febrero de 2011]

Aunque en realidad estos dos sistemas tienen una mayor relación entre sí que hace su aplicación en las situaciones de conflicto. Algo que generó un cambio de paradigma, la unión de dos regímenes distintos como es el derecho de la guerra y el derecho de la paz. Donde ahora el DIH se reconoce como: el derecho de la guerra y de los derechos humanos. Pero no es la unión de estos dos instrumentos sino más bien la relación de ambos instrumentos con diferentes disciplinas con un fundamento igualitario que es la protección del individuo<sup>439</sup>.

La resolución que marcó el cambio de paradigma en la Conferencia de Teherán donde se habla del Respeto por los Derechos Humanos en Conflictos Armados y la necesidad de aplicar las Convenciones Internacionales Humanitarias u otros instrumentos legales que puedan servir como garantía para proteger y mejorar la protección de los civiles, prisioneros y combatientes en todo conflicto armado<sup>440</sup>.

Después de la Conferencia de Teherán se dictaron informes del Secretario General y la Asamblea General donde se reiteró que la Comunidad Internacional no encontraba razones suficientes para la distinción tradicional de separación de las normas humanitarias y los derechos humanos. Por tanto, consideraban su aplicación en situaciones de conflicto armado en general y de ocupación beligerante<sup>441</sup>.

La Conferencia de Derechos Humanos en Teherán confirma este cambio en la tradición internacional donde el DIDH no cesa su aplicación en situaciones de conflicto armado<sup>442</sup>. Algo que ya había sido expuesto en su

---

<sup>439</sup> Pictet, Jean. "Humanitarian Law and the protection of war victims". Leiden, Henry Dunant Institute, 1975, pp. 11-19.

<sup>440</sup> GA Res. 2444, Respect for human rights in Armed Conflicts, 19 December 1968. Disponible en Web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/244/04/IMG/NR024404.pdf?OpenElement> [Consulta: 24 de febrero de 2011]

<sup>441</sup> Véase, Report A/7720 Human Rights in Armed Conflicts, 20 November 1969. Report A/8052, Report A/8052, Human Rights in Armed Conflicts, 18 September 1970. Resolution GA. 2674, Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970. Resoluciones que hablan sobre el respeto de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

<sup>442</sup> Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., p. 43.

momento en la Clausula de Martens en el Preámbulo de los Reglamentos de la Haya, donde sustenta que el DIDH nunca ha estado ausente de las leyes humanitarias<sup>443</sup>. En la práctica israelí las fuerzas de defensa aplican principalmente el DIH dejando de lado el DIDH por el argumento que en esta situación es mejor la protección desde una perspectiva humanitaria, pero donde se desconoce el objetivo básico dentro de la inderogabilidad de los derechos humanos.

Algunos tratados de derechos humanos no contienen cláusulas derogación y en los que se permite esto no implica que en situaciones de emergencia o de cualquier otra situación su sean derogados automáticamente. Para que esto se pueda llevar a cabo es necesario reunir ciertos requisitos tales como: no discriminación, proporcionalidad, duración limitada, fundamento jurídico, coherencia con las demás obligaciones internacionales del Estado y una situación de emergencia que amenace la vida de la nación. En principio el DIH no es derogable aunque concede cierta flexibilidad en su aplicación en situaciones de necesidad militar o razones de seguridad<sup>444</sup>.

Los Estados tienden a negar la aplicabilidad del DIH argumentando que reúnen las condiciones exigidas para la derogación de los derechos humanos, aunque esto no implica que en situaciones de violencia dentro de un país de *ipso facto* justifique la causa de excepción para la suspensión de los derechos<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Meron Theodor. "The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience". *The American Journal International Law*. Vol. 94, 2000, pp. 78-81.

<sup>444</sup> IV Convenio de Ginebra, artículo 5. "Where in the territory of a Party to the conflict, the latter is satisfied that an individual protected person is definitely suspected of or engaged in activities hostile to the security of the State, such individual person shall not be entitled to claim such rights and privileges under the present Convention as would, if exercised in the favour of such individual person, be prejudicial to the security of such State.

Where in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention.

In each case, such persons shall nevertheless be treated with humanity and, in case of trial, shall not be deprived of the rights of fair and regular trial prescribed by the present Convention. They shall also be granted the full rights and privileges of a protected person under the present Convention at the earliest date consistent with the security of the State or Occupying Power, as the case may be".

<sup>445</sup> Report E/CN.4/1998/87, 5 January 1998, parr. (56). Disponible en Web:



De tal manera que las limitaciones en las cláusulas de excepción proporcionan una base en el derecho internacional para evitar que se use de forma deliberada y se incumpla con las obligaciones internacionales contraídas en materia de tratados. Y así garantizar la mayor protección de los derechos humanos frente a la necesidad del Estado a responder en situaciones excepcionales con la interrupción de los derechos fundamentales<sup>446</sup>.

Por tanto, el argumento de Israel sobre la aplicación del DIH en situaciones de emergencia por la amplia posibilidad de incumplimiento por parte de los estados en la protección de los derechos humanos, que no permite la protección efectiva de la población bajo un conflicto, no parece ser del todo acertado. Es decir, aunque las situaciones de emergencia crean problemas para la protección de los derechos humanos no surgen precisamente de la posibilidad de invocar excepciones en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos. Porque no todas las situaciones de violencia que vive un Estado se justifican para inaplicar los tratados.

El análisis a realizar sería el identificar la situación del conflicto y la proporcionalidad de las medidas tomadas para la suspensión temporal de algunos derechos fundamentales, que no siempre es necesario la suspensión de los derechos inclusive en situaciones de ocupación.<sup>447</sup>

El ocupante que se encuentra en situación de emergencia puede derogar algunas obligaciones de las convenciones siempre y cuando sea estrictamente necesario por la situación de emergencia. Pero no gozan de ilimitada discreción para dictar este régimen de excepción y no tomar las medidas necesarias para hacer frente a esta situación<sup>448</sup>. En situaciones de conflicto y cuando no se vean comprometidas cuestiones de seguridad, el ocupante puede respetar un conjunto más amplio de derechos humanos que incluya derechos políticos.

---

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/a99aac7862091b84c125661d0039a6e0?OpenDocument> [Consulta: 23 de febrero de 2011]

<sup>446</sup> *Ibidem*, parr. (57).

<sup>447</sup> *Ibidem*, parr. (58).

<sup>448</sup> Benvenisti, Eyal. The Applicability of Human Rights Conventions to Israel and the Occupied Territories. *Israel Law Review*. Vol. 26, 1992, pp. 29-30.

El DIH asegura una efectiva protección en tiempos de guerra de una manera detallada que la ofrecida por el DIDH dada su aplicación general. Donde es importante destacar la función de estos dos instrumentos internacionales, en cuanto a la aplicación *ratione persona and ratione materia*. La IV Convención de Ginebra está relacionada en lo relacionado con el individuo, con la protección de la persona, mientras que esto no es igual en el DIDH que actúa en tiempos de paz.

Las normas humanitarias han sido creadas para regular la naturaleza del conflicto ya sea nacional o internacional a diferencia del DIDH y por tanto, no permiten su derogación<sup>449</sup>. No obstante, estos dos regímenes podrían complementarse entre sí para buscar una mayor protección de los derechos fundamentales y de la población de los TO bajo conflicto, dada las condiciones de la ocupación prolongada.

Aquí es muy importante el papel que tome el TSI en la protección de los derechos humanos y los precedentes que establezca, otorgando una significativa importancia a la protección civil y el respeto por los instrumentos internacionales. Como parte de la costumbre internacional y por tanto, del propio derecho israelí.

En este sentido la posición de Israel es definitivamente contraria porque considera la exclusión de ambos regímenes entre sí y en el que aplica el principio de *Lex specialis*. Donde el instrumento jurídico más adaptable sería el DIH. En consecuencia, Israel argumenta que los tratados en materia de Derechos Humanos protegen solamente a las personas que se encuentran bajo soberanía de los Estados partes o dentro de los territorios gobernados bajos las leyes del Estado a menos que éste disponga lo contrario<sup>450</sup>. Por consiguiente, a excepción de los tratados que tienen una clausula de

---

<sup>449</sup> Véase entre otros autores, Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., p. 32. Ramcharan, B.G. "The Role of International Bodies in the Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts". *The American University Law Review*. Vol. 33, 1983-1984, pp. 99-105. Dennis, Michael J. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation", op. cit., pp. 140-141.

<sup>450</sup> Dispuesto en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de Mayo de 1969.

jurisdicción, los tratados no aplican fuera del territorio de la parte contratante. Por tanto, las obligaciones adquiridas por Israel inclusive las de presentar informes sobre su aplicación y cumplimiento no abarcan a los TO bajo administración militar porque no forman parte de su territorio<sup>451</sup>.

Israel confirma su teoría sobre el DIDH como un sistema creado para regular las relaciones dentro de la sociedad, por ejemplo las establecidas entre el Estado y los individuos. Esto se basa sobre el poder que tiene el Gobierno para proteger los derechos humanos, dada la autonomía otorgada por la población<sup>452</sup>. Sin embargo, es difícil encontrar reciprocidad entre la población de un TO y el Estado ocupante, por el contrario, la hostilidad entre las partes genera una ruptura en esta relación.

En definitiva, el análisis de los tratados debe tener un vínculo con el derecho internacional, es decir, la interpretación de los tratados debe ser en armonía con el derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes<sup>453</sup>.

Por otra parte, el Estado de Israel argumenta que el DIDH y el DIH cuentan con diferentes instituciones encargadas de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR) supervisa el DIH mientras que las Naciones Unidas y otros organismos internacionales de derechos humanos supervisan la consecución del DIDH.

El CICR no es una organización política y es imparcial, que se aleja de las políticas de Naciones Unidas que si lo es. Donde la respuesta a la crisis humanitaria relacionada con la guerra es sometida a la supervisión política de

---

<sup>451</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD/C/SR.1250, 9 March 1998, parr. 4. En este documento el representante de Israel sostiene que las preguntas que le hicieron despertaban dudas sobre si el país recibía un trato justo y equitativo. Una de ellas, era si los árabes de Israel consideran la bandera como una barrera entre las razas o la explicación de la importancia de los preceptos de la biblia para su sociedad. Lo que el representante de Israel manifestó que a ningún otro Estado se le preguntó esto. Disponible en Web: <http://domino.un.org/unispal.nsf/db942872b9eae454852560f6005a76fb/89c006eaf4e7fcf585256dea007480fe?OpenDocument> [Consulta: 23 de febrero de 2011]

<sup>452</sup> Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., p.36.

<sup>453</sup> Artículo 31.3(c) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, op. cit.

los órganos de Naciones Unidas, lo que genera desconfianza entre los Estados y puede crear obstáculos para actuar en conjunto con las organizaciones internacionales. De manera que no pueden dar una respuesta real y efectiva a las necesidades de los TO.<sup>454</sup>

En un principio estos instrumentos conllevan problemas en su aplicación por la tensión sobre las libertades individuales y las libertades públicas. El derecho del ocupante de suspender las leyes en materia política, las libertades civiles, de expresión y movimiento, esa capacidad que tiene el poder dominante en la región interfiere en el disfrute de los derechos consagrados en el DIDH. A su vez, los derechos humanos permiten la libertad de expresión garantizada en el PIDCP<sup>455</sup> contrario al DIH que permite a la potencia ocupante tomar medidas para mantener el control y la seguridad.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 dispone el derecho a la libertad de movimiento, de poder salir de su país y regresar al mismo sin problema<sup>456</sup>. Como también lo estipulado por el PIDCP que determina “No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention”<sup>457</sup> y el detenido debe ser informado en el momento de la detención y las razones por las cuales se ha llevado a cabo. Contrario a lo dispuesto por la IV Convención de Ginebra que si permite el internamiento o la asignación de residencia para los detenidos<sup>458</sup>.

El Gobierno Israelí ha sido especialmente reticente a la aplicación de los instrumentos de derechos humanos, manifestando que los derechos humanos se aplican en tiempo de paz. Donde de acuerdo la situación de la región los tratados de derechos humanos que disponen la relación entre el gobierno y el ciudadano no se adecuan a las circunstancias de la ocupación. Aunque está afirmación tiene ciertos matices en cuanto a la aplicabilidad de algunos tratados

---

<sup>454</sup> Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. “Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories”, op. cit., pp. 30-31.

<sup>455</sup> Véase, Artículo 16. PIDCP

<sup>456</sup> Artículo 13, DUDH.

<sup>457</sup> Artículo 9, PIDCP.

<sup>458</sup> Artículo 78 de la IV Convención de Ginebra, que permite como medidas de seguridad el internamiento y la residencia forzosa.

donde su aceptación es limitada por su aplicación solo en determinadas situaciones<sup>459</sup>.

El DIDH se puede aplicar en situaciones de ocupación prolongada como es el caso de Israel, pero es necesario realizar una evaluación individual de cada caso. Algo que puede llevar al incumplimiento por parte de las potencias ocupantes porque en situaciones de conflictos las normas de derechos humanos son difíciles de aplicar. Esa tensión permanente en la aplicación de estos instrumentos internacionales afecta también a los derechos económicos y sociales en la región.

En el caso de los TO con la ocupación permanente y el constante cierre de las fronteras, toques de queda, cierre de carreteras y obstaculiza el intercambio comercial. Lo cual restringe el ejercicio de sus derechos sociales, económicos y culturales; generando un problema humanitario que ha sido cuestionado por la Comunidad Internacional y en algunos casos denunciada por constituir un castigo colectivo<sup>460</sup>.

Es necesario permitir la democratización del territorio ocupado, lo que se puede conseguir con el pleno ejercicio de todos los derechos humanos de la población bajo sometimiento militar. Estos cambios requeridos por el DIDH son incompatibles con las disposiciones del DIH toda vez que éste permite la intervención en la vida de la población y en sus instituciones, sustentado en el

---

<sup>459</sup> Israel ha presentado informes sobre siete acuerdos en derechos humanos: 1950 Agreement on the Importation of Educational, Scientific and Cultural Materials; the 1960 Convention against Discrimination in Education; and the 1966 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Véase, Roberts, Adam. "Prolonged military occupation: the israeli-occupied territories since 1967", op. cit., pp. 71-72.

<sup>460</sup> Véase las observaciones del Comité de Derechos Humanos: CCPR/CO/78/ISR 21 de agosto de 2003. Disponible en Web: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.78.ISR.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.78.ISR.Sp?Opendocument) [Consulta: 18 de febrero de 2011]. Y las del Comité Económico de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. E/C.12/1/Add.90 23 May 2003. Disponible en Web: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument) [Consulta: 18 de febrero de 2011]

derecho internacional de ocupación, que de ninguna manera permite el pleno ejercicio de los derechos de la población ocupada<sup>461</sup>.

El DIH dispone que el ocupante tenga poderes de “*facto*” pero no para hacer cambios legislativos, estructurales o políticos de forma permanente en la región ocupada<sup>462</sup>. En cualquier caso, si se hicieran esos cambios tendría que ser limitado en el tiempo y modificados cuando termine la ocupación. Estos cambios son respaldados de manera general en las disposiciones del IV Convenio de Ginebra y en los Reglamentos de la Haya, pero no regulan aquellas situaciones presentes de manera natural en una ocupación, que se extienden a través de los años.

### **B. Armonización entre las disposiciones del DIH Y DIDH por la potencia ocupante**

El DIDH puede ser utilizado para la resolución de conflictos en los TO pero la forma como se aplica presenta diversas contradicciones en el momento de su interpretación por los tribunales y las partes en conflicto. Si estos dos regímenes no pueden aplicarse es necesario determinar cuál debe prevalecer sobre el otro, y se toma como referencia la aplicación del principio de *Lex specialis derogat legi generali*.

Hay situaciones donde las normas de derechos humanos y el derecho de ocupación beligerante son aplicables, ya sea porque los derechos humanos no

---

<sup>461</sup> Ben-Neftali, Orna; Gross Aeyal M.; Michaeli, Keren. “Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory”. *Bekerley Journal International Law*. vol. 23, 2005, pp.553-555, y 560, 570.

<sup>462</sup> Bartrarn S. Brown. “Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual Responsibilities of the Occupying Power in Iraq.” University of California *Davis Journal International Law & Policy*. Vol. 11, 2004, pp. 23, 60. Greenwood, Christopher. “The Administration of Occupied Territory in International Law”. En, Playfair, Emma. *International law and administration of occupied territories: two decades of Israel occupation of the West Bank and Gaza Strip*. Oxford, University Press, 1992, pp. 241-247. (el autor hace un análisis sobre los poderes del ocupante y las limitaciones para cambiar la estructura legal y geográfica en la región. Donde un cambio definitivo en la estructura legal y política sería ilegal, porque el ocupante adquiere autoridad temporal más no la soberanía sobre el territorio).

pueden ser suspendidos o no existe una cláusula de excepción válida<sup>463</sup>. Sin embargo, esto no significa la suspensión de todos los derechos humanos.

A su vez, también es importante hacer una interpretación más amplia del derecho de ocupación para incorporar las normas de derechos humanos, que se adapten a situaciones de conflicto e incompatibilidad con las disposiciones del DIH. Esto lo podría generar la doctrina del TSI implantando algunos cambios que permitan armonizar estos dos instrumentos y adaptarlos a la situación de los TO, teniendo en cuenta que es una ocupación beligerante única y particular.

## **II. El Principio de *Lex Specialis***

Este principio es utilizado frecuentemente para resolver situaciones de conflicto como la aplicación del DIH y el DIDH. Donde se establece que una norma especial es más eficaz y precisa en el momento de la interpretación, y donde permite menos excepciones a la regla. Es decir, el principio de *Lex Specialis* es la forma más acertada de armonizar el DIH con otras disposiciones internacionales.

Aunque por su misma esencia podría presentar problemas en la aplicación del DIDH al desplazar este por la aplicación particular a los conflictos armados como es el DIH<sup>464</sup>. Sin embargo, el DIDH se podría invocar como norma especial para proteger los derechos humanos en la conducción de hostilidades y donde también es aplicado el DIH, no solo en caso donde éste no determine qué hacer, sino de manera complementaria.

Hay una costumbre de aplicar las leyes de ocupación en todos los casos de ocupación prolongada donde todo va cambiando y generando reestructuraciones políticas, geográficas y legislativas dentro del territorio. Aquí es precisamente donde se utiliza el principio de *Lex Specialis* para determinar

---

<sup>463</sup> Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 85.

<sup>464</sup> *Ibidem.*, p. 86.

en qué circunstancias se aplican estos derechos o si su aplicación es conjunta<sup>465</sup>.

Según Harris, la aplicación del DIDH puede servir como disposición auxiliar y en complemento a la ley de ocupación, donde se permite al ocupante más posibilidades de realizar cambios en la esfera política, la estructura cultural y económica de los TO. Que se consigue interpretando de una forma más laxa el artículo 43 de los Reglamentos de la Haya, sobre “el orden público y la sociedad civil” como también el artículo 64 de la IV Convención de Ginebra que restringe la posibilidad de derogación de la ley local<sup>466</sup>. Lo que permite una reinterpretación del DIH y su adaptación con el tiempo y en este caso, con el tipo de ocupación.

Sin embargo, esta interpretación sería insuficiente y demuestra que el principio de *Lex Specialis* es limitado porque no resuelve el conflicto entre las disposiciones del DIH y el DIDH, es solo una solución parcial. Porque si se interpretan las normas del DIDH de manera parcial, en determinados casos se estaría limitando su efectividad y quizá adecuando esto a unos intereses específicos del ocupante y en definitiva se observaría su inaplicabilidad.

### **A. Aplicación del principio en los Territorios Ocupados**

En el caso de Israel el TSI adoptó el principio de *Lex Specialis* cuando hace una interpretación del artículo 43 de los Reglamentos de la Haya, donde dependiendo del análisis de la situación así mismo será su aplicación; si es por el bienestar de la población civil las medidas serán necesarias<sup>467</sup>. Sin embargo, cuando se aplica a los TO no toma una posición definida respecto de la aplicación del DIH y el DIDH y en algunos casos no resuelve el problema que se presenta entre estas dos fuentes normativas.

---

<sup>465</sup> Harris Grant, T. “Human Rights and Political Realities Occupation”, op. cit., p. 130.

<sup>466</sup> *Ibidem.*, p. 131.

<sup>467</sup> Esta doctrina del TSI no aplica al Este de Jerusalén o los Altos del Golán porque Israel los anexó a su territorio y por tanto, los considera como parte de su territorio.



En Este sentido, Kretzmer sostiene que el TSI hace una interpretación disonante de las políticas del gobierno y el derecho de ocupación. Como ejemplo presenta el caso de los asentamientos israelíes en los TO donde el derecho internacional de ocupación beligerante dispone mantener el *statu quo* mientras se llega a una solución final mediante una negociación política. Por el contrario, “The political aim of settlements is to create facts that will predetermine the outcome of any negotiations by making Israeli withdrawal from the settled parts of the Territories politically unfeasible<sup>468</sup>”.

Esta política de asentamientos israelíes no puede explicarse bajo el derecho internacional de ocupación porque no constituye una medida proporcional al derecho de defensa que tiene el ocupante en la región. En este sentido, el TSI hace una interpretación de las disposiciones del artículo 43 de las Reglamentos de la Haya invocando el derecho de seguridad y la necesidad de proteger a la población israelí, entre ellas la de los asentamientos como un derecho que tienen la potencia ocupante, pero en ningún momento entra a cuestionar la actuación del gobierno israelí bajo el derecho internacional de manera más innovadora.

El TSI se refiere de manera general al derecho internacional pero no analiza de manera particular las decisiones a la luz del DIDH, como tampoco explica cuál sería su aplicación en los TO en determinados casos. En esta misma línea, no especifica qué normas aplicar en el caso de incongruencia con el derecho israelí o entre el DIH y el DIDH, ni establece una solución a dichas discrepancias.

A diferencia de esto, Gross sostiene que el problema no radica en la armonización del DIDH y el DIH sino de la aplicación e interpretación que haga el TSI de estos instrumentos en los TO. Porque las sentencias establecen las limitaciones de los derechos fundamentales de los palestinos por los problemas

---

<sup>468</sup> Kretzmer, David. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*. New York, Suny Press, 2002, p. 75. (Según el autor, la existencia de los asentamientos civiles que gozan de plenos derechos democráticos como ciudadanos israelíes y donde aprovechan los recursos naturales de la región, hace que parezca más un régimen colonial que de ocupación beligerante).

de seguridad<sup>469</sup>. Donde prevalecen los derechos de los israelíes sobre los derechos de la población ocupada. Donde se examina las necesidades militares en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, estos principios son difíciles de aplicar a situaciones de ocupación militar porque se promueve la seguridad colectiva de los ciudadanos de la potencia ocupante, mientras que se vulneran los derechos de la población bajo ocupación<sup>470</sup>.

Para la población palestina es importante la aplicación del DIH porque estipula la restauración de los derechos soberanos y la terminación de las medidas tomadas por el poder ocupante, frente a las disposiciones del DIDH que permiten cambios sustanciales en el territorio conquistado y favorecen el cambio político y social en la región, en aras de mejorar y fomentar el desarrollo de la población<sup>471</sup>. Aunque haciendo uso de su interpretación se puede favorecer a la población civil en situación de ocupación prolongada.

De la doctrina del TSI sobre la aplicación del derecho internacional y su aplicabilidad en los TO se pueden destacar los siguientes aspectos:

- a) Donde se presentan casos relacionados con las acciones militares o la seguridad, no hace referencia al DIH o al DIDH como normas especiales de aplicación. Por otra parte, las apelaciones son decididas de acuerdo con el DIH pero sin tener en cuenta el DIDH.
- b) Las decisiones que aluden al DIDH tienen en cuenta el derecho israelí, en especial los principios fundamentales del Estado Judío.
- c) Las decisiones que incluyen el DIDH no lo toman como una fuente jurídica independiente sino como un soporte normativo del derecho israelí<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> En este caso los asentamientos israelíes son vistos como 'intereses de seguridad' donde los derechos de la población judía que reside en los asentamientos son indiscutibles. Las decisiones del Comandante Militar son justificadas en virtud de una doctrina que aplica el derecho administrativo e internacional.

<sup>470</sup> Gross, Aeyal M. "Human Proportions: "Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?" *The European Journal of International Law*. Vol. 18 nº 1, 2007, pp. 17-18.

<sup>471</sup> Harris Grant, T. "Human Rights and Political Realities Occupation", op. cit., p. 161.

<sup>472</sup> Ben-Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., pp.91-93.

Ahora bien, la aplicación de estas disposiciones irá condicionada a dos posiciones distintas. La posición oficial del Gobierno de Israel de no aceptar la aplicabilidad de las Leyes de Ocupación en los TO porque el Estado de Israel ocupó esos territorios a causa de una guerra de agresión en 1967. Y no fue por causa de una ocupación de territorios. De manera que sobre estos territorios no se ha reconocido la soberanía antes de 1967 por ningún Estado<sup>473</sup>. Por tanto, no se puede considerar el territorio de una Alta parte Contratante como lo estipula el Artículo 2 de la IV Convención de Ginebra<sup>474</sup>.

Sin embargo, por otra parte sostiene que la IV Convención de Ginebra<sup>475</sup> no se aplica dentro de los TO porque no ha sido incorporada en la legislación interna y por tanto, no puede ser invocada ante el TSI. Aunque reconoce que eventualmente se aplicarán las disposiciones humanitarias y los Reglamentos de la Haya<sup>476</sup> por las FDI<sup>477</sup>. A pesar que Israel no acepta la Convención de Ginebra de *jure* manifiesta que en situaciones de carácter humanitario y en ausencia de una normativa interna que otorgue una solución, su aplicación será de *facto*. No obstante, no se definió claramente cuáles son las disposiciones comprendidas en ese término. El cumplimiento de las obligaciones humanitarias ha sido explicado en sentido general y por lo tanto, puede generar

---

<sup>473</sup> Israeli Ministry of Foreign Affairs. *Disputed Territories-Forgotten Facts About the West Bank and Gaza Strip*. Feb. 1, 2003. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000\\_2009/2003/2/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000_2009/2003/2/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We) [Consulta: 16 de febrero de 2011]. En este documento describe la posición oficial del Gobierno de Israel sobre la disputa respecto a la soberanía de Cisjordania y la Franja de Gaza, como el argumento sobre la ocupación. Donde se habla de la presencia de Israel en los territorios como legal y contraria al Derecho Internacional. Sin embargo, son las motivaciones políticas las que afirman la ilegalidad en los territorios.

<sup>474</sup> Un autor que reafirma esta teoría es Blum, Yehuda Z. "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria". *Israel Law Review*. Vol. 3, 1968, pp. 279-280. En contraposición a estos argumentos, ver Lapidot, Ruth. "International law within the Israel Legal System". *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, p. 477.

<sup>475</sup> Ver Shamgar, M. "The Observance of International Law in the Administered Territories". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 1, 1971, p. 263. Este autor presenta la posición oficial del Estado de Israel sobre la aplicación de la IV Convención de Ginebra. Reconoce la posibilidad de aplicar esta Convención, lo que no significa que su aplicabilidad sea por mandato legal. Y por tanto, la aplicación voluntaria no implica la aceptación de la misma.

<sup>476</sup> Aunque en principio la posición del gobierno sobre la aplicación de los Reglamentos de la Haya en los TO fue la misma de la IV Convención de Ginebra, no obstante, posteriormente se reconoció su aplicación por ser parte de la costumbre internacional. Ver, Bar-Yacoob, Nissim. "The Applicability of the Laws of War to Judea and Samaria (The West Bank) and to the Gaza Strip". *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, pp. 485 y pp. 492-493.

<sup>477</sup> Kretzmer, David. "Constitutional Law". En, Shapira, Amos; C. Delwitt-Arar, Keren (eds.). *Introduction to the Law of Israel*. The Hague, Kluwer law International, 1995, p. 57.

cierta ambigüedad. Esta posición del Israel sobre la IV Convención de Ginebra ha sido rechazada por la Comunidad Internacional incluyendo el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la Asamblea General, CICR y la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) <sup>478</sup>.

Por otro lado, surge el interrogante si se aplican las disposiciones humanitarias en el Este de Jerusalén, que fue declarada mediante la Ley Básica como Capital de Israel<sup>479</sup> y donde el Estado extendió sus fronteras y la aplicación del Derecho interno. Esta anexión fue rechazada por la Comunidad Internacional por la adquisición de territorio a la fuerza y la ocupación ilegal, y se dictaron diferentes resoluciones de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad<sup>480</sup> que declaraban nulo el cambio legal de la ciudad<sup>481</sup>.

La anexión de un territorio se ha visto de manera general como un acto de agresión, en el cuál se ha propuesto que la declaración ilegal contraria a las leyes fundamentales del Derecho Internacional no concede bajo ningún punto de vista derechos prescriptivos a favor del agresor. Por tanto, la anexión como producto de una agresión no debe ser reconocida.

La ocupación ha transcurrido en el tiempo y ha realizado cambios legales, políticos, constitucionales, necesarios por las condiciones de la región y pueden ayudar a la población para tener más poderes soberanos sobre la misma. Estas modificaciones sin duda son importantes para la población pero implican el reconocimiento de soberanía por el ocupante. Así que incluso en situaciones de presión y ocupación de larga duración persiste la prohibición de adquisición de territorios mediante la fuerza<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> Harris Grant T. "Human Rights and Political Realities Occupation", op. cit., pp.94-95.

<sup>479</sup> Jerusalem "completed and united" Proclamado el 30 de julio de 1980. Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law++Jerusalem++Capital+of+Israel.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law++Jerusalem++Capital+of+Israel.htm) [Consulta: 17 de febrero de 2011]

<sup>480</sup> Véase la resolución del Consejo de Seguridad: S/RES/252, 21 May 1968.

<sup>481</sup> Ver resolución de la Asamblea General, A/RES/2253 (ES-V), Measures taken by Israel change the status of the City of Jerusalem, 4 July 1967.

<sup>482</sup> Resolution S/RES/242, 22 November 1967, del Consejo de Seguridad. Por otra parte, el Consejo de Seguridad también ha dictado resoluciones donde impone obligaciones a ambas partes para cesar la violencia y toda acción militar en la región, ver, Resolución 339 de 23 de Octubre de 1973. Disponible en Web:

En el Este de Jerusalén también se debe aplicar la IV Convención al igual que en Cisjordania y la Franja de Gaza, como también en los Altos del Golán anexada en 1981<sup>483</sup>. Esta afirmación se puede confirmar a través de las diferentes resoluciones de Naciones Unidas donde reafirma la aplicabilidad de la Convención en los T.O incluyendo Jerusalén<sup>484</sup>.

En este sentido, Israel sostiene que Jordania dominaba Cisjordania y Egipto la Franja de Gaza después de la guerra de agresión en 1948, y que tenía como objetivo destruir el Estado judío recién establecido. Estos ataques fueron un incumplimiento claro de la resolución 181 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1947, también conocida como el Plan de partición. No obstante, la Comunidad internacional nunca reconoció esta anexión de los territorios por parte de Egipto y Jordania<sup>485</sup>.

La doctrina del TSI en relación con los TO no tiene una posición clara sobre la aplicación de las Leyes de Ocupación Beligerante, porque tiene un acuerdo con el Poder Ejecutivo para revisar las acciones del Gobierno Militar de conformidad con las disposiciones humanitarias en cada caso que se presente ante el tribunal<sup>486</sup>.

Estas actuaciones militares han dado lugar peticiones ante el TSI para que revise si estos actos han sido acordes con las leyes de la guerra, la costumbre internacional, los tratados internacionales que vinculan al Estado,

---

<http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/palestina/sres338.pdf> [Consulta: 25 de julio de 2011]. Roberts, Adam. "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights". *The American Journal International Law*. Vol. 100, 2006, p. 584. (Este autor plantea si la ocupación de territorios no se debe a causa de un acto de agresión, sino por el contrario de una guerra defensiva como fue la de 1967, si el derecho de ocupación es aplicado en la región)  
<sup>483</sup> Ver resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/497, 17 December 1981. (Reafirma que la adquisición de territorio por la fuerza es inadmisibles, y la imposición de otras leyes en territorios ocupados es ilegal y sin efecto. Por tanto, la IV Convención de Ginebra tiene aplicación). como también la resolución A/RES/36/226, The Situation in the Middle East, 17 December 1981.

<sup>484</sup> U.N. Doc. S/RES/799, 18 December 1992. U.N. Doc. S/RES/904, 18 March 1994. En ambas resoluciones se reafirma la aplicabilidad de la IV Convención de Ginebra en los Territorios Ocupados por Israel en 1967 incluyendo Jerusalén.

<sup>485</sup> Véase la posición de Israel sobre la situación de los territorios ocupados. Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/20E57894-C480-48E4-9CBC-25FABD94BF66/0/FAQes.pdf> en línea: 17-02-2010.

<sup>486</sup> Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford, Oxford International Press, 2005, p. 478.

que sirven como fuentes jurídicas que complementan el derecho interno<sup>487</sup>. Donde se analiza la proporcionalidad de las actividades de acuerdo con la necesidad militar y la distinción entre combatientes y civiles de conformidad con las leyes del conflicto armado que son parte del derecho interno israelí<sup>488</sup>.

Aunque la declaración del Gobierno dispone la obligación a cumplir con las provisiones humanitarias de la Convención, el TSI no aplica el Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra de 1977 por no ser parte el Estado de Israel. La mayoría de los Estados no reconocen la aplicabilidad de las leyes de ocupación en Estados extranjeros bajo su ocupación. Así el territorio este bajo control efectivo por las fuerzas extranjeras tiende a denominar de otra manera la ocupación, precisamente por su connotación jurídica porque de esta forma no tienen que reconocer la aplicación del derecho internacional de la ocupación<sup>489</sup>.

El discurso en términos general de los Estados ocupantes es el de no aplicar las Reglamentos de la Haya y la IV Convención de Ginebra. No obstante, en el caso de Israel ha sido contrario porque reconoce la aplicación del derecho de ocupación aunque como hemos mencionado anteriormente con algunos matices, por tanto, hay un acuerdo general que los principios son de obligatorio cumplimiento en los T.O<sup>490</sup>.

En opinión de Finkelstein es importante la revisión que hace el TSI de las actividades militares en la región porque demuestra el compromiso con las normas internacionales y morales, que sirven para fortalecer las FDI y no para debilitarlas<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> Rubin, Benyamin. The Adoption of International treaties into Israel by the Courts, op cit., p. 230.

<sup>488</sup> Finkelstein, Menachem. "Legal Perspective in the Fight against Terror-The Israeli Experience". *IDF Law Review*. Vol. 1, 2003, p.344.

<sup>489</sup> Ben-Naftali, Orna; Shany, Yuval. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories", op. cit., pp.98-99.

<sup>490</sup> *Ibidem.*, p. 100.

<sup>491</sup> Finkelstein, Menachem. "Legal Perspective in the Fight against Terror-The Israeli Experience". Op. cit., p. 345.

Los Reglamentos de la Haya no disponen qué hacer cuando un Estado democrático lucha contra organizaciones terroristas que atacan la población civil, o qué normas aplican a los civiles utilizados por los terroristas para que tomen parte de los actos de terror. Por esto, el autor considera necesario hacer una interpretación más dinámica que permita adaptarla a la realidad<sup>492</sup>.

En definitiva, los poderes de emergencia otorgados a la autoridad militar en la región han sido revisados bajo el derecho local y el derecho administrativo Israel, más no bajo las disposiciones internacionales que aplican en este caso. Las decisiones tomadas que son vinculadas a la IV Convención no siempre se tomaron acorde con este, sino que dependiendo de la situación así se hará el análisis de su eventual aplicación. Las disposiciones que el TSI tomó como referencia fueron los Reglamentos de la Haya que no contienen en su conjunto una respuesta a los problemas presentes en la ocupación militar, pero que sirven como instrumento de referencia.

Según Rubin, las leyes de Ocupación Beligerante serán aplicadas por el Comandante Militar porque éstas son las que determinan sus poderes y obligaciones de conformidad con el derecho internacional. Que a su vez dispone la posibilidad de revisar las acciones militares bajo estas leyes de la guerra que son vinculantes para éste; estas normas no deben ser diferenciadas entre la costumbre internacional y los tratados universalmente reconocidos por el Estado<sup>493</sup>.

De manera que el TSI aplicará los tratados internacionales de los cuales Israel es parte incluso sino han sido incorporados dentro del derecho interno porque el poder del Gobierno Militar deriva directamente del Derecho Internacional, reconocido por toda la Comunidad Internacional y por tanto, la revisión a sus actos no tienen que ser parte del derecho israelí, por ser una costumbre internacional<sup>494</sup>.

---

<sup>492</sup> *Ibidem.*, pp. 348-349.

<sup>493</sup> Benyamin, Rubin. "The Adoption of International treaties into Israel by the Courts", op cit., p. 237.

<sup>494</sup> *Ibidem.*, pp. 240-241.

## B. Aplicación por el Tribunal Supremo Israelí

El principio de ocupación beligerante se ve favorecido por el principio de *Lex Specialis* porque este se adecua más a las situaciones de conflicto armado. En los casos donde se presenta un conflicto de derechos el TSI acude a la interpretación de este principio.

En este sentido, se presentó un caso ante el TSI donde se solicitaba la revisión judicial bajo la aplicación del derecho internacional en relación con la orden del Comandante de las FDI. Se dictó una orden donde dispone que tres residentes de Cisjordania tuvieran que desplazarse a vivir durante los dos años siguientes en la Franja de Gaza por razones de seguridad. Los demandantes consideraron la orden contraria con el derecho internacional porque representaba una deportación de un territorio a otro, algo prohibido por el artículo 49 de la IV Convención de Ginebra<sup>495</sup>.

El análisis que hizo de estas peticiones fue contraria con las pretensiones de dos de los demandantes. En primer lugar, sostuvo que la orden cumplía con el derecho internacional porque solo era una asignación de residencia, permitida por el artículo 78<sup>496</sup> de la IV Convención de Ginebra. Por lo tanto, la pregunta que surgió era si las FDI pueden usar como medida disuasoria la asignación de residencia de una persona.

El TSI sostuvo que ante la crítica situación de la región donde cientos de civiles han muerto a causa de los ataques terroristas perpetrados dentro de las fronteras del Estado de Israel, como en los pueblos judíos de Cisjordania y Franja de Gaza. Por consiguiente, los militares luchan contra terroristas que no son miembros de un ejército regular, ayudados en muchos casos por la población civil y por sus familiares. Así que Israel tiene todo el derecho de luchar contra el terrorismo por el derecho que tiene de legítima defensa. El TSI dispuso que Cisjordania y la Franja de Gaza son territorios bajo ocupación

---

<sup>495</sup> HCJ 7015/2002, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, p. 2.

<sup>496</sup> Este artículo permite a una potencia ocupante asignar otra residencia a una persona por razones de seguridad. Esta medida solo debe ser usada en casos extremos.



beligerante, por lo tanto, la medida tomada por las FDI es compatible con las disposiciones internacionales y no constituye una deportación.

Las medidas que se toman hacia la población solo se pueden llevar a cabo si hay justificación suficiente para considerar que esa persona es un peligro real para la seguridad de la región. Sin embargo, la orden tomada contra Abed Alnasser Mustafa Ahmed Asida no era legal porque solo le prestó ayuda a su hermano sin saber que estaba relacionado con actos terroristas por tanto, anuló la orden de cambio de residencia<sup>497</sup>.

En definitiva, el TSI aceptó las competencias del Comandante para dictar órdenes de asignación de residencia sustentada bajo el artículo 78 y 49 de la IV convención de Ginebra, y por tanto no constituye una medida contraria al derecho internacional y limitó la revisión judicial sobre la legalidad de las acciones del comandante militar bajo estas disposiciones internacionales<sup>498</sup>. Sin embargo, el artículo 78 dispone que la decisión se pueda apelar decidiendo en el menor plazo posible. Si el fallo se mantiene entonces será revisada en un periodo de seis meses.

En este caso, el TSI modificó las órdenes vigentes en la región donde solo el Comandante Militar tomaba medidas de restricción de entrada a Cisjordania, pero no las de residencia forzosa. La posición del gobierno ante la estrategia tomada dentro de la región es la de imposibilidad de cumplir con el derecho internacional ante estas circunstancias de inminente peligro. Por consiguiente es necesario en algunas circunstancias llevar a cabo acciones que aunque difíciles para la población bajo ocupación son necesarias para la seguridad de la región; algo que el TSI sustentó bajo la IV Convención.

Es importante destacar que el Comité para la Seguridad Nacional decidió por recomendación del Fiscal General la asignación de residencia no solo a los miembros de ataques suicidas sino también a sus familiares por haber estado

---

<sup>497</sup> HCJ 7015/2002, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, op cit., p. 3.

<sup>498</sup> Barak Erez, Daphne. "The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue", op. cit., p. 621.

relacionados con actividades terroristas. Por las investigaciones llevadas a cabo por el ejército, y el Instituto de Inteligencia (*Mossad*). La responsabilidad de ejecutar está medida dentro de los TO está en cabeza del Comandante Militar de la región, quien a su vez tiene la función de nombrar una Junta de Apelaciones que le presenta las recomendaciones al comandante<sup>499</sup>.

Ahora bien, el TSI manifiesta que estas operaciones de las FDI son llevadas a cabo dentro de áreas que estuvieron bajo ocupación beligerante y que fueron transferidas bajo acuerdo con el control total o parcial de la Autoridad Palestina. Sin embargo, la normativa que aplica en estos territorios que no son más del control de Israel es el Derecho Internacional.

Por otra parte, hace un extenso análisis de las órdenes individuales tomadas contra los residentes de la región, aceptando e invocando una vez más las disposiciones de la IV Convención de Ginebra que otorga poderes al responsable militar en el área<sup>500</sup>.

La posición del TSI es ambigua porque en algunas ocasiones reconoce que la función de las FDI es la de controlar las actividades de amenaza contra la seguridad y que por esto los territorios siguen siendo administrados pero en ningún caso constituyen una ocupación. Y por otro lado, acepta la aplicación de las disposiciones humanitarias en los casos donde sea necesario y no existan otros medios, como en este caso de asignación de residencia; término utilizado por el TSI y no deportación de civiles.<sup>501</sup>

En consecuencia, analiza las órdenes dictadas dentro de la región de conformidad con las disposiciones internacionales, si son proporcionales y adecuadas al caso en mención, pero no entra a cuestionar por ejemplo el caso de los asentamientos judíos que están dentro de los TO ni hace una relación de estos con el conflicto en la región. Simplemente fundamenta su competencia

---

<sup>499</sup> HCJ 7015/2002, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, op cit., parr. (6) p. 7.

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>501</sup> *Ibidem*, p.13

dentro de la región por la necesidad de proteger la población civil, víctima de los ataques terroristas en la región.

Si bien es cierto, las FDI en los TO tienen autonomía para tomar nuevas medidas de seguridad que permitan luchar contra el terrorismo y mantener el bienestar y seguridad en la región. No obstante, esto no los eximiere de las responsabilidades humanitarias y mucho menos la derogación de estas en casos donde la medida no es proporcional ni justificada.

Ahora bien, el derecho internacional ha sido fuente importante para el desarrollo del derecho israelí, que se ve reflejado dentro de la jurisprudencia dictada por el TSI en los temas concernientes con los TO. Pero cuando hace interpretación de los instrumentos internacionales no siempre se refleja en su jurisprudencia la doctrina internacional.

Como es el caso de las deportaciones individuales donde no hace una interpretación de la práctica internacional en la materia, por el contrario, modifica el concepto por asignación de residencia. Argumentando la necesidad de interpretar la norma y adaptarla a la situaciones en particular. Como la relacionada con Cisjordania y Franja de Gaza como un solo territorio bajo ocupación beligerante, modificando el concepto de desplazamiento humano.

En las decisiones sobre deportación de personas el TSI tiene un argumento muy general donde se limita en la mayoría de los casos a responder que el organismo autorizado para determinar los riesgos de seguridad por los cuales es necesario autorizar la deportación<sup>502</sup>, es el idóneo para decidir sobre las órdenes de deportación, y por tanto, no es de su función entrar a decidir sobre el asunto. En general las peticiones presentadas han sido infructuosas<sup>503</sup>.

---

<sup>502</sup> Véase sobre las deportaciones, HCJ 698/80, *Kawasme v. Minister of Defense*. Para ver un resumen e Inglés ver, *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 11, 1981.; HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of IDF forces in the West Bank*, p. 1.

<sup>503</sup> Shetreet Shimon. *Justice in Israel: a Study of the Israeli Judiciary*, op. cit., pp.492-493.

Por otro lado, el TSI ha tomado como fuente el derecho internacional en aquellos casos que aun no tienen una solución definitiva como es el caso de las deportaciones, y por lo tanto, dependiendo de los casos así será su respuesta. Es decir, su posición es cambiante dependiendo de las circunstancias que se presenten ante su jurisdicción.

Otro ejemplo de esto podría ser las demoliciones de viviendas donde ha decidido que mantiene estas medidas administrativas sin hacer mención al derecho internacional, como tampoco haciendo una interpretación de la proporcionalidad de los hechos; solo decide el alcance militar y el poder militar para ello.

Tal vez las decisiones ambiguas del TSI buscan evitar que en determinadas circunstancias que se decide de manera contraria a lo estipulado por el derecho internacional puedan crear un precedente judicial que permita continuar con acciones militares que no siempre son proporcionales. Decisiones que han sido influenciadas tal vez por la IV convención de Ginebra y que se podría argumentar el peso jurídico obtenido en la jurisprudencia del tribunal.

Es cierto que el TSI se enfrenta a un conflicto de intereses al intentar frenar las acciones del gobierno en nombre del derecho internacional. La adaptación de la normativa que aplica a los TO ha mostrado lo difícil que ha sido para la potencia ocupante por la naturaleza de la ocupación beligerante. Pero esta situación hostil debe tener en cuenta los derechos humanos, hacer siempre un balance de proporcionalidad y el estado de necesidad al momento de tomar decisiones que en un principio son incompatibles con las decisiones humanitarias, pero aceptadas por el derecho de la guerra. Prevaleciendo el interés general por encima del particular ante todo<sup>504</sup>.

De acuerdo con el derecho internacional y los principios fundamentales del derecho israelí, se reconoce la proporcionalidad como el balance que debe

---

<sup>504</sup> Barak-Erez, Daphne. "The International law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue", op. cit., p. 631

hacer el comandante militar en los territorios ocupados con respecto a las necesidades de la población local. El principio de proporcionalidad es una medida a la restricción del poder del comandante militar, es algo que se abre paso permanentemente dentro del derecho interno de Israel<sup>505</sup> y se aplica de conformidad con el derecho de ocupación beligerante.

La decisión del TSI en relación con las decisiones que puedan tomar las FDI en los TO es legal siempre y cuando los métodos utilizados como objetivo por el gobierno sean proporcionales. Lo cual no implica sobreponer los intereses del Estado a cualquier precio, sino también tener en cuenta los intereses de la población ocupada. Éste principio se aplica a cada acto de las autoridades administrativas de Israel.

Es importante el análisis teórico que hace el TSI sobre las leyes aplicables dentro de los TO y las decisiones tomadas en la práctica, porque permiten el desarrollo en la región en la medida que el TSI busque la armonización de los diferentes instrumentos jurídicos aplicables en materia de derechos humanos.

Las decisiones en su mayoría se han centrado en materia de derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, órdenes de deportación, revisión de expropiación de tierras, construcción de asentamientos, pero ha dejado de lado otras como los derechos sociales, económicos y políticos que aún hacen falta desarrollar dentro de la jurisprudencia del tribunal.

---

<sup>505</sup> HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, párr. 38-40.

## CAPITULO IV

### EL TRIBUNAL SUPREMO DE ISRAEL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 1. Competencias y Funciones: El Tribunal Supremo de Israel como Tribunal Constitucional

El TSI tiene la función de proporcionar los medios constitucionales para proteger a la población de los excesos o abusos de los agentes del Estado. Como señala Aharon Barak, la principal función de un Tribunal Constitucional en una democracia no es solo corregir los errores cometidos en las sentencias por los tribunales sino que se debe enfocar en “cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger a la democracia”<sup>506</sup>.

El TSI recibe demandas presentadas por cualquier persona que considere que sus derechos fundamentales son vulnerados por una acción del Estado, para que éste se pronuncie sobre la legalidad confirmando o anulando esta acción<sup>507</sup>. El TSI cumple con dos funciones: Como Tribunal Supremo de Apelaciones, recibe las apelaciones del Distrito y como Tribunal Supremo de Justicia<sup>508</sup>. Ejerce el control jurisdiccional sobre los otros poderes del Estado y tiene funciones que no están dentro de la jurisdicción de cualquier otro tribunal;

---

<sup>506</sup> Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*. Primera Edición, México, Suprema Corte Justicia de la Nación, 2008, p. 1. Estefanía Vela Barba (trad.).

<sup>507</sup> Véase entre otros autores, Shamir, Ronen. “‘Landmark Cases’ and the Reproduction of the Legitimacy: The case of Israel’s Hights Courts of Justice”. *Law and Society Review*. Vol. 24, 1990, p. 784. (este autor destaca la importancia del TSI y el trabajo que ha realizado para asegurar las políticas humanitarias dentro de los TO). Holzman-Gazit, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society*. England, Ashgate, 2007, p. 34.

<sup>508</sup> Para ver la estructura del sistema judicial de Israel y las funciones del TSI véase, Dotan, Yoav. “Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hiperactivism”. *Israel Affairs*, Summer, Vol. 8, 2002, nº 4, pp. 90-91. Albert, Jeffrey M. “Constitutional Adjudication without a Constitution: the case of Israel”, op. cit., pp. 1249-1252.

a su vez, goza de independencia judicial y autonomía en relación con las otras ramas del poder público<sup>509</sup>.

Tiene la función de resolver las controversias entre la población y las autoridades, y su principal objetivo es el de asegurar el “Estado de Derecho”<sup>510</sup>. A su vez, elabora políticas de protección de los derechos humanos y ejerce el papel de Tribunal Constitucional en ausencia de una constitución escrita, lo que suscitó críticas y ha generado propuestas para la separación de las funciones constitucionales del TSI<sup>511</sup>.

Esta autonomía no está estipulada en ningún reglamento pero el TSI toma como fuente los valores democráticos del Estado de Israel para cumplir a su vez las funciones de Tribunal Constitucional. Lo que legitima las demandas presentadas por la población residente en los TO, y no ha tenido oposición por el gobierno. Esta situación no ha tenido precedentes en el derecho internacional y no está autorizado mediante la legislación en israelí. Pero que a causa de la ocupación prolongada esta práctica ha sido habitual y ha terminado siendo aceptada<sup>512</sup>.

Aunque el TSI ha recibido las demandas presentadas de la población de Cisjordania y la Franja de Gaza desde su ocupación, solo a partir de la promulgación de la Leyes básicas reafirmó su competencia en relación con la protección de los derechos humanos en los TO<sup>513</sup>. Donde se dieron algunos

---

<sup>509</sup> Sobre el proceso y selección de los miembros del TSI en Dotan, Yoav. “Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism”, op. cit., pp. 92-93.

<sup>510</sup> Netanyahu, Shoshana. “The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law”. *Pace International Law Review*. Vol 5, nº1, p. 2. Véase, Basic Law: Judiciary, parr.15 (a). Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law-+The+Judiciary.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law-+The+Judiciary.htm) [Consulta: 7 de marzo de 2011]. Ver, Straschnov, Amnon. “The Judicial System in Israel”, op. cit., p. 531.

<sup>511</sup> Hay diferentes opiniones respecto a la creación de un Tribunal Constitucional siendo importante destacar la posición en contra del Juez Barak, quien lo manifiesta tanto por escrito como públicamente. Propuesta que goza de apoyo del Knesset, aunque no ha presentado ningún proyecto de ley para cambiar las competencias del TSI. Aharon, Barak. “The Supreme Court as a Constitutional Court”. *Mishpat Uminshal*. Vol. 6, 2003, p. 315. (en hebreo, traducción de la autora)

<sup>512</sup> Edelman, Martin. *Courts, Politics, and Culture in Israel*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1994, p. 32.

<sup>513</sup> Straschnov, Amnon. “The Judicial System in Israel”, op. cit. pp. 532-533. *Ibid.* Holzman-Gazit, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society* op. cit., p. 35

cambios en la jurisprudencia que en algunas ocasiones beneficiaron a la población de los TO<sup>514</sup>, aunque de manera eventual<sup>515</sup>. La actividad del TSI ha sido constante a causa del incumplimiento del derecho, el exceso de poderes y la suspensión de los derechos fundamentales dentro de los TO por parte del Estado y sus políticas gubernamentales<sup>516</sup>.

Otra actividad desarrollada es determinar si la Administración Civil se excedió en sus poderes discrecionales. Al mismo tiempo que escucha y resuelve las demandas presentadas por los ciudadanos contra las autoridades públicas, incluidas las fuerzas de seguridad, siendo sus decisiones la última estancia judicial<sup>517</sup>.

### **I.El activismo judicial del Tribunal Constitucional**

El activismo del TSI ha sido criticado por diferentes motivos. El primero, el desacuerdo desde los grupos religiosos con decisiones del TSI en materia de religión y Estado<sup>518</sup>. Segundo, las decisiones tomadas frente a determinados hechos por parte del gobierno en materia de seguridad que el TSI consideró que no habían sido proporcionales<sup>519</sup>.

---

<sup>514</sup> Véase HCJ 2722/92, *Mohammed Alamarin v. IDF Comander in Gaza Strip*. Disponible en Web: <http://elyon1.court.gov.il/verdictssearch/englishverdictssearch.aspx> [Consulta: 25 de julio de 2011]. (en este caso, el TSI no permitió al gobierno militar la destrucción de un edificio entero en territorio palestino al considerar que no era una medida razonable)

<sup>515</sup> Kretzmer, David. "Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel". En, Cotran, Eugene; Mallat Chiblit (eds.). *The Arab-Israeli accords: Legal perspectives*. London, Kluwer Law International, 1996, p. 97.

<sup>516</sup> Sobre el concepto de legitimidad y su ambigüedad teórica véase, McEwen, Craig A.; Maiman, Richard J. "In search of Legitimacy: Toward an Empirical Analysis". *Law & Policy*. Vol. 8, nº 3, July 1986.

<sup>517</sup> Ver, Basic Law: The Judiciary (28-02-1984). Disponible en Web: [http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law++The+Judiciary.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law++The+Judiciary.htm) [Consulta: 2 de febrero de 2011]

<sup>518</sup> Shetreet, Shimon. "Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset". *Tulane Law Review*. Vol. 77, 2002-2003, pp. 723-724.

<sup>519</sup> En la jurisprudencia del TSI se trataron distintos temas relacionados con los actos de los militares en los TO como: seguridad nacional, proporcionalidad, el uso de la tortura en los interrogatorios, detenciones administrativas etc. Temas en los que se pronunció unas veces en contra y otras donde consideró que no podía entrar a dirimir asuntos de competencia y conocimiento exclusivamente militar.



El TSI desde su creación ha tenido un papel importante en la protección de los derechos fundamentales<sup>520</sup>, pero su actuación y mayor implicación fue a partir de la llamada “*Revolución Constitucional*”. Esta actividad en la protección ha pasado por diferentes etapas:

Desde la creación del Estado de Israel en 1948 hasta 1970 desarrolló una amplia jurisprudencia de revisión judicial donde se estableció los principios de la regla del derecho, creando una conciencia de protección de los derechos humanos que servirían posteriormente para promulgar las “Leyes Básicas”. Todo este desarrollo se generó al margen de involucrarse en debates políticos o controversias públicas<sup>521</sup>.

En este periodo limitó la posibilidad de plantear cuestiones políticas tratando solo temas que estuvieran relacionados entre el individuo y el Estado. Centró su interés en las acciones del Estado lo que evitó que el TSI entrara a dirimir cuestiones tan sensibles como la religión y el Estado. Además dispuso que algunos asuntos jurídicos relacionados con la Política Exterior, acciones militares u otros asuntos que generaran un amplio debate eran inadecuados para una determinación jurídica<sup>522</sup>.

Hacia el año 1980 y 1990<sup>523</sup> el cambio del TSI fue sustancial porque tuvo un mayor interés jurídico por conocer casi todo tipo de casos presentados, incluso los de interés jurídico individual; lo que antes era una causa de inadmisión. Esto cambió a partir del caso *Ressler* donde una cuestión de

---

<sup>520</sup> Dotan, Yoav. “Legalising the Unlegalisable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001”. En, Hertogh, Marc; Halliday, Simon. *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 190.

<sup>521</sup> Dotan, Yoav. “Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism”, op. cit., p. 93. Holzman-Gazit, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society* op.cit., pp.40-44.

<sup>522</sup> El TSI tuvo por esta época en cuenta dos conceptos: la *justiciabilidad normativa* que establece si existen criterios jurídicos para determinar el conocimiento de una disputa. Y la *justiciabilidad institucional* determina si la disputa se resuelve por una Corte Jurisdiccional. Véase entre otros autores, Barak, Aharon. “Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia”, op. cit., p.104. Dotan, Yoav. “Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism”, op. cit., p. 94.

<sup>523</sup> Holzman-Gazit, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society*, op. cit., pp. 48-49.

importancia constitucional o de violación del derecho por parte del gobierno, puede ser presentado por cualquier persona ante el TSI; no es necesario un vínculo directo con el objeto de la demanda<sup>524</sup>.

En consecuencia, el TSI dejó de ser solo un organismo designado para resolver las disputas entre los individuos y el Estado, a ser un garante del Estado de Derecho. Donde se establece que cualquier acción humana es susceptible de ser analizada por medio de una norma legal dejando atrás el concepto de posible vacío legal<sup>525</sup>.

Por otra parte, se incrementan las revisiones judiciales a las acciones militares y los servicios de seguridad<sup>526</sup> que anteriormente eran casi nulas. A su vez, supervisa si a las autoridades administrativas actuar de manera razonable y proporcional a los hechos<sup>527</sup>, así como a los miembros de la política<sup>528</sup>. La jurisprudencia se centró en los principios del derecho, la moral, la sociedad, los valores del sistema legal, ganando mayor protagonismo dentro de la sociedad israelí. Hubo un incremento de la revisión judicial del TSI sobre temas en materia religiosa y política, como de seguridad nacional, en los que antes no se pronunciaba. Pero que no ha sido bien visto por el gobierno y diferentes académicos<sup>529</sup>, a pesar de haber marcado un antes y un después en el sistema jurídico de Israel<sup>530</sup>. Ese balance hecho por el TSI entre la política y la

---

<sup>524</sup> HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, p. 22. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf) [Consulta: 27 de marzo de 2011]

<sup>525</sup> Dotan, Yoav. "Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism", op. cit., p. 95.

<sup>526</sup> Ver las siguientes sentencias: HCJ 680/88, *Meir Chnitzer v. The Chief Military Censor*. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf) [Consulta: 26 de marzo de 2011] HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*.

<sup>527</sup> HCJ 389/80, *Dapei Zahav v. Broadcasting Authority*. HCJ 297/82, *Berguer v. Ministry of Interior*. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf) [Consulta: 25 de julio de 2011]

<sup>528</sup> Véase, HCJ 329/81, *Nof V. Attorney General*. HCJ 425/89, *Tsofan v. General Military Prosecutor*.

<sup>529</sup> Como por ejemplo Ruth Lapidot, quien considera que el TSI conoce todo tipo de casos despojándose de casi todas las limitaciones, y donde no muestra respeto por la autoridad y la autonomía de las autoridades políticas. Es un órgano que se considera una autoridad moral pero que socava su autoridad judicial suprema. Disponible en Web: <http://www.netanyahu.org/loyoparishav.html> [Consulta: 25 de julio de 2011]. Ver, Shetreet, Shimon. "Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset", op. cit., p. 716.

<sup>530</sup> *Ibidem*, p. 661.

democracia ha sido denominado como “*judicial activism*”<sup>531</sup>. Esta actividad ha sido criticada por ser vista como un *activismo judicial* que genera restricciones, porque le otorga al TSI una posición para dirimir cuestiones constitucionales y vacíos que no están claros al haber ausencia de una constitución escrita<sup>532</sup>.

Un número importante de asuntos han sido sometidos a la revisión del TSI permitiendo una mayor intervención judicial en decisiones tomadas por el gobierno, el Knesset y la administración, que no estaban en consonancia con el derecho<sup>533</sup>. El Gobierno no siempre ha podido hacer frente a los problemas que se plantean en los TO y por este motivo, la población confía ante el TSI la resolución de dichas cuestiones; que han permanecido sin resolver por parte de las autoridades políticas.

El TSI ha determinado que las autoridades están obligadas por la ley como cualquier otro ciudadano en el Estado, siendo la regla del derecho uno de los principios fundamentales del Estado. Este principio ha sido desarrollado a través de su jurisprudencia, creando una doctrina que sirve como fundamento para la revisión judicial, teniendo en cuenta que el gobierno no puede excederse en los poderes otorgados a éste por el poder legislativo<sup>534</sup>.

De manera que los derechos humanos deben ser protegidos no solo por los tribunales sino también por todas las ramas del poder público, su validez no depende solo de la mayoría que los hacen sino de la fuerza moral de cumplir con estos. Aunque dentro de un sistema jurídico su protección se hace más efectiva a través del reconocimiento de una constitución o una carta de derechos que les otorgue supremacía. La protección de los derechos humanos es una obligación de todos los agentes del Estado así como de los jueces, pero

---

<sup>531</sup> Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p. 62

<sup>532</sup> Goldstein, Stephen. “The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience”. En, Gibney, Mark; Frankowski, Stanislaw. *Judicial Protection of Human Rights: myth or reality?* Westport, Greenwood Publishing Group, 1999, p. 62.

<sup>533</sup> Netanyahu, Shoshana. “The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law”, op. cit., pp. 16-20 y pp.21-23.

<sup>534</sup> Yoav, Dotan. “Judicial Accountability in Israel: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism”, op. cit., p. 89

para que esto sea efectivo es necesario que estén establecidos legalmente<sup>535</sup>. Esto no ha gustado al gobierno porque considera que va en detrimento del poder Ejecutivo, y que no es una actividad exclusiva del TSI sino que tomó como referencia los tribunales de otros Estados, que también han hecho cambios e incrementado su actividad judicial<sup>536</sup>.

Este rechazo por parte del gobierno puede constituir una amenaza en la independencia judicial del TSI, porque aunque tiene una tendencia internacional hacia la protección de los derechos humanos, en Israel no existe una constitución escrita o unas leyes supraconstitucionales que determinen la competencia del mismo; como garante de los derechos fundamentales y con carácter de Tribunal Constitucional<sup>537</sup>.

En una democracia como la israelí donde no existe una legislación que regule el papel del TSI y su relación judicial con otras ramas del poder público, cuya estructura gubernamental está en constante cambio, hace mucho más necesaria la creación de una constitución. Que permita definir su competencia y regule los valores básicos de la sociedad teniendo en cuenta su pluralidad por encima de cualquier interés particular<sup>538</sup>.

En este sentido, Gavison sostiene que es importante para Israel una constitución que permita el entendimiento de un marco político común, en el que cada grupo social pueda actuar a pesar de sus desacuerdos y conflictos de intereses. Porque la sociedad israelí está fragmentada y en un conflicto permanente, que por esto puede parecer poco necesario el debate constitucional, aunque en realidad podría ser el mejor momento para el mismo.

---

<sup>535</sup> Gavison, Ruth. Law, Adjudication, Human Rights, and Society. *Israel Law Review*. Vol. 40, Nº1, 2007, pp. 40-41.

<sup>536</sup> Bruce Peabody, Thomas H. Wells, Jr. *The politics of judicial independence: Courts, Politics, and the Public*. Baltimore, JHU Press, 2010, p. 192.

<sup>537</sup> Véase, Barzilai, Gad. "Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective". *Israel Affairs*. Vol. 5, nº 2, 1999, pp. 16-17. Netanyahu, Shoshana. "The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law", op. cit., pp. 13-15.

<sup>538</sup> Evelin, Gordon. "Is It Legitimate to Critize the Supreme Court?" *Azure*. Vol. 3, 1998. Disponible en Web: <http://www.azure.org.il/article.php?id=397> [Consulta: 13 de julio de 2011]

Sería entonces beneficiosa la creación de un documento constitucional que pueda ofrecer la oportunidad para un importante debate<sup>539</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia del TSI puede servir para legitimar su competencia porque se ha fundamentado principalmente en el desarrollo y protección de los derechos humanos, complementado con la doctrina internacional. También sirve para legitimar su actuación bajo el argumento del Estado democrático<sup>540</sup>, que es un principio empleado por el TSI como base para el reconocimiento de los derechos fundamentales como principio jurídico en el sistema israelí<sup>541</sup>.

En este sentido, el TSI se enfrenta a varios dilemas a la hora de dictar las sentencias. Primero, las decisiones en diferentes casos que tratan temas de política, religión y seguridad que son cuestiones muy sensibles dentro de la sociedad. Segundo, tiene que hacer un balance entre la seguridad del Estado al cual pertenece y proteger los derechos humanos en tiempos de crisis<sup>542</sup>.

La doctrina del TSI se basa en lo dispuesto en las leyes escritas, los valores y principios consagrados en el Estado de Israel como Estado Democrático. En este sentido Harold Hongju Koh sostiene:

“In thinking about our response, we need to ask not just what the letter of the laws permit and forbids, but which course of action must closely comports with the spirit of the laws.”<sup>543</sup>

---

<sup>539</sup> Gavison, Ruth. “A Constitution for Israel: Lessons from the American Experiment”. *Azure*. Vol. 12, 2002, p. 19. Disponible en Web: <http://www.azure.org.il/article.php?id=263> [consulta: 14 de abril de 2011]

<sup>540</sup> Bruce Peabody, Thomas H. Wells, Jr. *The politics of judicial independence: Courts, Politics, and the Public*, op. cit., p. 193.

<sup>541</sup> Kretzmer, Israel. “Human Rights”. *Israel Affairs*. Vol. 11, nº. 1, January 2005, p. 44.

<sup>542</sup> Shetreet, Shimon. “Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset”, op. cit., p. 715. Brennan Jr. William J. “The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises”. Vol. 18, *Israel Yearbook on Human Rights*, 1988, p. 11.

<sup>543</sup> Ver, Hongju Koh, Harold. “The Spirit of the Laws”. *Harvard International Law Journal*. Vol. 43, nº 1, 2002, p. 23.

Esto ha sido seguido por el TSI cuando toma como referencia no solo las leyes escritas sino aquellas que reflejan los valores judíos de Israel, con un manejo hábil en sus decisiones evitando crear un enfrentamiento con el poder legislativo. Aunque es algo que no siempre será así y es ahí donde existe la posibilidad que el TSI tome decisiones de acuerdo con los intereses de los otros poderes públicos o actuando en contra de los mismos<sup>544</sup>.

Según Gavison, el papel de los tribunales en la protección de los derechos es la base fundamental de su mandato contra los intereses de la mayoría incluso por encima de cualquier credo. Siendo esto en esencia la función de los derechos humanos que tienen primacía legal. Ahora bien, esa protección de los derechos cuando no están claramente incorporados en la ley y su ámbito de aplicación es controvertida, puede ser visto como si los tribunales aplicaran sus valores sobre los de la mayoría<sup>545</sup>. Los tribunales constitucionales son intérpretes pero no creadores de la Constitución<sup>546</sup>.

La doctrina creada por el TSI en torno a la protección de los derechos civiles y políticos ha cambiado con los años partiendo de un limitado alcance judicial a una mayor implicación del mismo, que en algunas ocasiones ha beneficiado el Estado de Derecho pero en otros casos ha generado dudas acerca de su legitimidad para intervenir en diversos tópicos<sup>547</sup>.

---

<sup>544</sup> Dentro de los conflictos que se pueden presentar ante el TSI y que en definitiva crearían problemas, está el tema de la residencia y nacionalidad para los ciudadanos palestinos que se casen con israelíes. Porque en algunos casos cuando ya tienen nacionalidad y libertad de movimiento se ha comprobado que participaron en atentados terroristas. Por tanto, las autoridades argumentan que por motivos de seguridad no autorizan el derecho de reunificación familiar. Por otra parte, están los intereses de los grupos religiosos que se oponen a esto porque consideran que está en peligro el carácter judío del Estado; consagrado dentro de la Declaración del Establecimiento del Estado. Este choque de intereses puede deteriorar la independencia del TSI para decidir conforme a la igualdad y protección de los derechos fundamentales, porque entraría en conflicto con los intereses de la sociedad.

<sup>545</sup> Gavison, Ruth. "Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism". En, Bauman, Richard W. Kahana, Tsvi. *The least examined branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 211.

<sup>546</sup> Albert, Jeffrey M. "Constitutional Adjudication without a Constitution: the case of Israel", op. cit., p. 1263.

<sup>547</sup> Gavison, Ruth. *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*. Jerusalem, The Hebrew University of Jerusalem, Paper nº 380, 2005, p. 18. Disponible en Web: <http://ratio.huji.ac.il/dp/dp380.pdf> [Consulta: 16 de marzo de 2011]

Otra causa que puede señalar el activismo del TSI, es la falta de resolución del gobierno y las evasivas a los problemas, para evitar tomar decisiones que son de carácter político o económico<sup>548</sup>, como también la ausencia de una constitución escrita. Sin embargo, aunque el Knesset tiene la posibilidad de limitar el alcance del TSI hasta la fecha no lo ha hecho, y puede ser porque las decisiones judiciales del TSI no limitan la libertad del gobierno o del poder legislativo<sup>549</sup>.

Por consiguiente, se puede decir que la jurisprudencia del TSI se caracteriza por ser activo en la interpretación de las Leyes Básicas, aunque no se puede decir lo mismo acerca de la revisión judicial de la legislación israelí, por su escasa intervención en lo relacionado con los derechos fundamentales.

## **II. Legitimidad Constitucional de la actividad del Tribunal Supremo de Israel**

La aceptación del TSI se ha venido reforzando con el paso tiempo por parte de la sociedad, porque ha contribuido al fortalecimiento constitucional en Israel al reafirmar su legitimidad por medio de los valores democráticos del sistema jurídico israelí y su función en la protección de los derechos humanos frente a las acciones gubernamentales.

Los casos donde el TSI de Israel refuerza su legitimidad como defensor de los derechos humanos son casos aislados porque en posteriores decisiones que se resuelvan los mismos casos no se tendrá en cuenta el precedente establecido<sup>550</sup>. Además estas decisiones no tienen mayor incidencia dentro de las políticas del Estado y no siempre son aplicadas dentro de los TO para la protección de los derechos fundamentales. A pesar de que en términos

---

<sup>548</sup> Shetreet, Shimon. "Developments in Constitutional Law: Selected Topics". *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, pp. 405-406.

<sup>549</sup> Gavison, Ruth. *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*, op. cit., p. 27.

<sup>550</sup> Una decisión del TSI vincula a todos los tribunales excepto al propio TSI. Barak, Aharon. "Overruling Precedent". *Israel Law Review*. Vol. 21, 1986, p. 269.

generales se originó la idea de la efectividad del TSI para imponer políticas de cambio y garantía de los derechos humanos<sup>551</sup>.

Pero esta visión cambia dependiendo de las decisiones del TSI y su popularidad puede bajar si está de por medio el tema de la seguridad. Esta crítica por la actividad del TSI ha generado un fenómeno político que busca mecanismos destinados a eliminar los resultados de las decisiones, intentando iniciar reformas que limiten el poder del mismo<sup>552</sup>.

Ante ese constante cambio en el debate político el TSI se ha encargado de seguir unos principios y prácticas que permitan el cumplimiento de la ley como también su ejecución a futuro, para reafirmar su competencia. Dentro de los que se puede destacar el principio de “*Open Court*” fundamental dentro del sistema legal<sup>553</sup>.

El TSI fundamenta su hegemonía en: la percepción que tienen porque contribuye al desarrollo del Estado, a nivel social y no es una institución política; es visto de manera imparcial porque investiga todo tipo de casos sin ninguna discriminación; además es visto como un organismo que apoya a la población palestina cuando dicta sentencias que van en contra de las resoluciones del gobierno militar en lo TO<sup>554</sup>.

Destaca la facultad que tiene en una sociedad democrática manifestando: “The Supreme Court is the competent interpreter of the language of the law, as well as its condition at any given time” la función que desempeña dentro del

---

<sup>551</sup> Shamir, Ronen. “Landmark Cases” and the Reproduction of the Legitimacy: The Case of Israel’s Hights Courts of Justice, op. cit., p. 797.

<sup>552</sup> A pesar de esta ambigüedad que se presenta en torno al papel de los tribunales y las decisiones constitucionales, en ese proceso de interpretación y aplicación de los estatutos los tribunales gozan de gran reputación y supremacía para llevar a cabo esta función. Véase, Gavison, Ruth. *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*, op. cit., p. 8.

<sup>553</sup> Shreteet, Shimon. “The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel”. En, Russell, Peter H. O’Brien, David, M. (edits.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: critical perspectives from around the world*. United States of America, The University Press of Virginia, 2001, p. 239.

<sup>554</sup> Barzilai, Gad. “Courts as Hegemonic Institutions. The Israeli Supreme Court in a Comparative Perspective”. En, Levi-Faur, David. Sheffer, Gabriel, Vogel, David (edits). *Israel: the dynamics of change and continuity*. London, Frank Cass, 1999, p. 16, 21-25.



sistema constitucional israelí sirve como una herramienta para hacer cumplir la voluntad del legislador, como representante legítimo de la sociedad<sup>555</sup>.

Contraries a esto, Barzilai sostiene que la realidad sobre los jueces del TSI es diferente “...they often side with government policies, and, second, incumbent justices have only seldom and very reluctantly supported nominations of potential dissenting justices<sup>556</sup>”. Esto se debe a la visión que tienen distintas personalidades del medio académico, la población palestina y los observadores extranjeros, porque argumentan que la función principal del TSI en realidad ha sido la de justificar las acciones gubernamentales bajo las disposiciones internacionales, que obligan al cumplimiento de la norma en un TO<sup>557</sup>.

No obstante, aunque se pronuncia respecto a las violaciones de derechos humanos en los TO, y reconoce la obligación de las FDI de proteger la población civil, en la mayoría de los casos no rechaza su actuación. Por otra parte, otros consideran al TSI un organismo imparcial que en ocasiones ha cambiado la postura del gobierno con el objetivo de buscar la justicia social<sup>558</sup>. La jurisprudencia del TSI ha contribuido para el desarrollo y empoderamiento constitucional en Israel, reforzando el sistema democrático del Estado proporcionando una administración más equitativa del gobierno. Lo que ha garantizado la protección de los derechos civiles tanto para los israelíes como la población palestina bajo ocupación<sup>559</sup>.

Esto ha generado tensiones con el poder ejecutivo<sup>560</sup> cuando intenta no aplicar las decisiones del TSI porque invalida sus acciones. No obstante, a

---

<sup>555</sup> HCJ 6821/93, *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, p. 97.

<sup>556</sup> Barzilai, Gad. “Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a comparative perspective”, op. cit., p. 28.

<sup>557</sup> Kretzmer, David. “Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel”, op. cit., p.95.

<sup>558</sup> Shamir, Ronen. “Landmark Cases” and the Reproduction of the Legitimacy: The Case of Israel’s High Courts of Justice”, op. cit., p. 795.

<sup>559</sup> Shretee, Shimon. “The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel”. En, Russell, Peter H. *Judicial Independence in the age of Democracy: critical perspectives from around the world*, op. cit., p. 240.

<sup>560</sup> Esta posición judicial de intervenir en asuntos en materia política basado en los valores del Estado no es único de Israel, si no que se presenta en otros países. Lo que genera mayor

través de una legislación parlamentaria de carácter retroactivo resta validez a la jurisprudencia. Esta posibilidad que tiene el poder ejecutivo de no acatar una sentencia del TSI se basa en las Leyes de Emergencia que hace posible las acciones contrarias a la ley, por una razón imperiosa de proteger al Estado y mantener la seguridad nacional<sup>561</sup>.

La legitimación judicial concedida al TSI dentro de los TO ha sido criticada por considerarse que las reglas del derecho aplicadas son autoritarias y para nada se corresponde con la revisión judicial. En un gran número de casos ha desestimado las apelaciones que presentan los ciudadanos palestinos y justifica las acciones tomadas dentro de los TO<sup>562</sup>.

El TSI responde ante las críticas argumentando que las decisiones tomadas en algunas sentencias han sido justificadas en dos nociones: “*public consensus*” “*public morale*”<sup>563</sup>. Donde resume toda su actividad y las restricciones tomadas a la hora de dictar las sentencias que deciden cuestiones sensibles como son las actividades de los militares y el respeto por los valores judíos. En algunas ocasiones solo se limita a establecer un análisis sobre la proporcionalidad de las acciones de las FDI pero no establece una crítica sobre los procedimientos empleados.

En términos generales, el TSI goza de legitimidad judicial por parte de la población israelí como palestina, aunque no estén de acuerdo con la efectividad en la protección de los derechos humanos en los TO, generando

---

atención en los tribunales y reacciones a sus diferentes posiciones. Véase, Barzilai, Gad. “Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in comparative perspective”, op. cit., p. 16.

<sup>561</sup> Shreteeet, Shimon. “The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel”. En, Russell, Peter H. *Judicial Independence in the age of Democracy: critical perspectives from around the world*, op. cit., p. 242.

<sup>562</sup> Meydani, Assaf; Mizrahi, Shlomo. “The Politics and Strategies of Defending Human Rights: The Israeli Case”. *Israel Law Review*. Vol. 39, 2006, p. 50.

<sup>563</sup> Barzilai, Gad. “Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a comparative perspective”. En, Levi-Faur, David. Sheffer, Gabriel, Vogel, David (eds). *Israel: the dynamics of change and continuity* op. cit., p. 20. Barzilai, Gad. Ephraim Yuchtman-Yaar, Zeev Segal, *The Israeli Supreme Court and the Israeli Public*, Tel Aviv, Tel Aviv University Press, 1994, pp. 19-45, 90. (En hebreo, traducción por la autora)

cuestionamientos entorno a su actividad<sup>564</sup>. Por esto, en 1991 se realizó un estudio para saber qué reconocimiento y aprobación tenía el TSI y en general fue de amplia aceptación aunque este estudio no abarcó el total de la población<sup>565</sup>.

Por otra parte, algunos miembros del gobierno y políticos piensan que la intervención del TSI en las decisiones sobre la seguridad ha dañado la efectividad de las acciones tomadas contra la violencia y el terror. En la práctica, poca ha sido el avance del TSI en la protección de los derechos fundamentales en los TO, porque la mayoría de decisiones termina aceptando la discrecionalidad administrativa de las FDI en el uso de los poderes en materia de seguridad. De manera que no pierden autonomía ni muchos menos se obstaculiza las decisiones en aras de la protección general<sup>566</sup>.

Ahora bien, la función desempeñada por TSI no ha sido fácil porque se ha enfrentado no solo con la política del Estado frente a la ocupación y el predominio de la seguridad frente a los intereses particulares, sino también a los grupos religiosos. Por otro lado, con el carácter judío del Estado que tiene implícitos unos valores religiosos como esencia del mismo hacen difícil su conciliación, pero han permitido reafirmar su posición frente a las ramas del poder público<sup>567</sup>.

---

<sup>564</sup> Kretzmer, David. "Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel". En, Cotran, Eugene; Mallat Chiblit. (eds.). *The Arab-Israeli accords: Legal perspectives*, op. cit., p. 95.

<sup>565</sup> Dentro del estudio no fue tomada en cuenta la posición de los Arabes-israelies, la población de los asentamientos, como tampoco los militares dentro de los TO. Véase, Rattner, Arye. "The Margins of Justice Attitudes Towards the Law and the Legal System among Jews and Arabs in Israel". *International Journal of Public Opinion Research*, Vol. 6, nº 4, 1994, pp. 363-365. (En este artículo se analiza la actitud de la población árabe y judía hacia el sistema judicial Israelí, de acuerdo con una encuesta nacional realizada en 1992, donde muestra que la población árabe no tiene confianza en el sistema legal de Israel).

<sup>566</sup> Kretzmer, David. "Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel". En, Cotran, Eugene; Mallat Chiblit. (eds.). *The Arab-Israeli accords: Legal perspectives* op. cit., p. 96.

<sup>567</sup> Shretee, Shimon. "The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel". En, Russell, Peter H. *Judicial Independence in the age of Democracy: critical perspectives from around the world*, op. cit., p. 241.

## 2. La doctrina del Tribunal Supremo en relación con el régimen aplicado en los Territorios Ocupados

### I. El Poder Judicial y la Relación con otras ramas del Gobierno

Aunque el TSI tiene jurisdicción para revisar las decisiones de los organismos públicos que desempeñan funciones de ley, no se establece contra cuáles organismos o quién puede ejercer esta solicitud por la infracción legal de un derecho fundamental<sup>568</sup>. El TSI anulará las acciones del Knesset siempre y cuando éstas sean contrarias con los principios fundamentales en la estructura constitucional. Como se ha mencionado anteriormente en Israel no existe una normativa que determine la revisión judicial de la legislación<sup>569</sup> sino que con los años ha establecido normas para el ejercicio de su facultad discrecional, aunque estas no se basan en una teoría legal<sup>570</sup>.

En el caso *Ressler*, el TSI establece claramente la competencia que tiene para conocer aquellos casos donde un organismo público incumple con la norma del derecho. Analiza el tema de la “justiciabilidad normativa y justiciabilidad institucional” para garantizar el adecuado equilibrio entre los tres poderes públicos. De manera que todas las cuestiones de carácter político o políticas se rigen por las normas jurídicas<sup>571</sup>.

---

<sup>568</sup> En Israel no existe una legislación clara respecto a la revisión judicial sino que es el producto del “case law”. La idea que la legislación del Knesset no estaba sujeta a revisión judicial fue hasta antes de la promulgación de las “Leyes Básicas” un principio del Derecho Constitucional, que sin embargo no fue siempre aceptado por el TSI. Algo que cambió con los años aunque en pocas ocasiones han sido revisadas las decisiones del Knesset. Véase, Kretzmer, David. “Judicial Review of Knesset Decisions”. *Tel Aviv University Studies Law*. Vol. 8, 1988. Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*, op. cit., p.159. Henkin, Louis. Is there a “Political Question” Doctrine? *Yale Law Journal*. Vol. 85, p. 622. Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., pp. 152-158.

<sup>569</sup> Barak, Aharon. “Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia”, op. cit., p. 150.

<sup>570</sup> Netanyahu, Shoshana. “The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law”, op. cit., p. 3.

<sup>571</sup> HCJ 910/86, *Major (Res) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, p. 2. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/86/100/009/Z01/86009100.z01.pdf) [Consulta: 07 de marzo de 2011] En este caso se presenta ante el TSI una cuestión relacionada con el incumplimiento de un acuerdo previo entre los estudiantes de las Yeshivot (colegios talmúdicos) y los distintos Gobiernos, para el aplazamiento de su servicio militar; que fue confirmado de manera sucesiva por los anteriores Ministros de Defensa desde 1948.

Por otra parte, estipula que aunque se presente una cuestión sobre un organismo público que no cumple con sus funciones el TSI tiene competencia. Contrario a lo que se consideraba anteriormente que era solo un problema de carácter político<sup>572</sup> y por tanto, debían ser resueltas por un órgano político. Lo que se consideró a partir de *Ressler* como un error.

La separación de poderes en este sentido está garantizada porque aunque sean temas políticos e ideológicos el juez no expresará su punto de vista, sino que se pronunciará sobre las leyes que lo rigen. Lo que no elimina la necesidad de considerar si una resolución política es legal desde una perspectiva jurídica<sup>573</sup>.

En consecuencia, la separación de poderes significa el mantenimiento del equilibrio entre las ramas del poder público de manera teórica y práctica, lo cual responde a un componente esencial de la democracia<sup>574</sup>. Por tanto, en el caso *Ressler*, el TSI no entra a discutir sobre la discrecionalidad del Ministro para diferir o no el servicio militar, sino que limita la revisión judicial a la cuestión de si éste toma en cuenta la consideración del factor de la religión, siempre y cuando este no entre en choque con el principio de seguridad<sup>575</sup>.

De manera que el TSI determinó en esta decisión que no hay una justificación para rechazar la revisión judicial de los actos del gobierno cualquiera que sea su naturaleza incluso si son de carácter político, amparado en el principio de separación de poderes. En este caso reafirma su competencia en relación con las actuaciones de las FDI dentro de los TO y define de manera clara cuál será su alcance dentro de las decisiones militares. Describe de una forma clara la jurisdicción que tiene para decidir incluso en situaciones de competencia militar, pero siempre bajo el argumento que se adecua a las leyes y normas aplicables en esos casos sin entrar a decidir sobre las competencias y el conocimiento militar.

---

<sup>572</sup> Netanyahu, Shoshana. The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law, op. cit., p.7. HCJ 910/86, *Major (Res) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, op cit., p. 80

<sup>573</sup> *Ibidem.*, p. 71.

<sup>574</sup> *Ibidem.*, p. 72. Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., pp. 138-142.

<sup>575</sup> HCJ 910/86, *Major (Res) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, op. cit., p. 4.

La revisión judicial como medio principal dentro de un régimen democrático ha sido establecida de distintas formas en la jurisprudencia del TSI. De manera que en un sistema democrático no existe la discrecionalidad absoluta de las acciones gubernamentales como tal, porque todas están sujetas a discreción judicial. Por otra parte, toda la normativa del Knesset está sujeta a la revisión del TSI, aunque en un principio estableció la restricción en la revisión judicial porque podría ser considerado como una violación a la separación de poderes y no democrático<sup>576</sup>.

## **II. Justiciabilidad de las reclamaciones presentadas por palestinos que habitan en los TO**

Este principio va relacionado con la jurisdicción y es necesario para los tribunales decidir el ejercicio de la justiciabilidad en determinados casos en los países de tradición jurídica Anglo-americana. La justiciabilidad es decidida por los tribunales, que a su vez tienen unas limitaciones internas para tomar decisiones respecto a ciertos litigios. Es una herramienta que tienen los tribunales para protegerse ellas mismas de invadir las competencias de otras ramas del poder público<sup>577</sup>.

Es así como en los diferentes casos que se han presentado ante el TSI siempre hace un análisis de la legalidad de las medidas tomadas por las FDI dentro de la Franja de Gaza y Cisjordania, o fuera de estas. Analiza las acciones para determinar si cumplen con el principio de proporcionalidad, pero no entra a discutir sobre la discrecionalidad del gobierno militar<sup>578</sup>.

La posición en un principio del TSI era que los casos de carácter político se consideraban “actos de estado” y por tanto, eran causa de inadmisión por no adaptarse al principio de justiciabilidad. Sin embargo, a partir del caso *Ressler* el TSI se abstuvo de inadmitir las peticiones por este motivo ante la inminente

---

<sup>576</sup> Kretzmer, David. “Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel”, op. cit., p. 285.

<sup>577</sup> Kretzmer, David. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., p. 21

<sup>578</sup> HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense* op. cit., p.63.

vulnerabilidad de la población palestina frente a la ocupación. Según Aharon Barak “cada litigio es justiciable normativamente”<sup>579</sup>.

Como ejemplo de lo anterior, eran las peticiones presentadas por la población palestina que ostentaban nacionalidad Jordana pero que residían dentro de los TO, el TSI reconoció la justiciabilidad de los hechos. Su doctrina establece que todos los actos militares llevados a cabo dentro de los TO están sujetos a revisión judicial. Las autoridades dentro de la Franja de Gaza y Cisjordania no se han opuesto a esta práctica<sup>580</sup>. La justificación del TSI para conocer diferentes temas que se consideran de competencia del poder ejecutivo, es que pueden ser justiciables y decidirá solo lo relacionado con el derecho internacional, los principio del derecho administrativo israelí, pero no entra a decidir sobre la incidencia política de las decisiones tomadas<sup>581</sup>.

El derecho administrativo Israelí no siempre fue una fuente jurídica sino que con el paso de los años el TSI ha ido cambiando su posición al respecto, algo que ha sido criticado porque en el caso de restricción del uso de poderes de emergencia y discrecionalidad administrativa de las FDI, el TSI es más evasivo en su utilización. Y por el contrario, en otros casos donde la aplicación del derecho administrativo no era relevante simplemente no menciona nada al respecto y acude a la legislación internacional como instrumento principal<sup>582</sup>.

De manera que para la protección de la población dentro de los TO el derecho administrativo israelí no ha proporcionado grandes soluciones, ni una fuente efectiva para la protección de los actos militares dentro de la región. Cuando hay una situación de incumplimiento de las obligaciones

---

<sup>579</sup> Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., p. 105.

<sup>580</sup> Hay que tener en cuenta que Jordania hasta 1994 estaba formalmente en Guerra con Israel pero esto no constituyó un obstáculo para el TSI. Kretzmer Daviv. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., p. 22.

<sup>581</sup> Véase en este sentido, HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, pp. 15-16 (en esta sentencia se analiza la construcción de un muro entre Israel y los TO, para evitar el paso de terroristas a Israel exactamente entre: la región de Umm El-Fahm y las ciudades divididas entre Israel y el área (Baka y Barta'a) la región de Qalqilya, Tulkarm, y la región de Jerusalén Este.

<sup>582</sup> Kretzmer, David. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., p. 26.

internacionales, el TSI recurre a los principios del derecho administrativo porque en definitiva su inobservancia no reviste mayores repercusiones a la administración militar, a diferencia de las responsabilidades que se derivan de las disposiciones internacionales<sup>583</sup>. Ahora bien, la posición del TSI es que de acuerdo a cada caso decide cuál es el derecho más favorable para la población, teniendo en cuenta que determinados convenios de acuerdo a la situación, se pueden desaplicar los derechos de la población de los TO. Por tanto, es necesaria la adaptabilidad normativa<sup>584</sup>.

En relación con el precedente, el TSI hace un análisis sobre la sentencia anterior y decide si fue tomada de manera incorrecta o basada en un error; en tales casos el TSI se aparta de la decisión previamente tomada. Esto lo decide sobre la base moral y el poder legal del TSI de rectificar el error y establecer una regla correcta. Por esto, en muchos casos relacionados con los TO no existe una jurisprudencia uniforme porque el TSI analiza de acuerdo a las circunstancias presentes y decide cuál es la mejor solución.

En este sentido Barak sostiene, “These are the “hard case” that admit of more than one legal solution. In such circumstances, it may be said that the present Court has discretion to overrule”<sup>585</sup>. Por consiguiente, estas decisiones han generado que las autoridades militares justifiquen sus actos a partir de la jurisprudencia del TSI que no siempre tiene un principio establecido para cada caso.

---

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>584</sup> HCJ 6698/95, *Aadel v. Ka'adan v. Israel Land Administration*, pp. 5-10. (en este caso se establece si la Agencia Judía es encargada de establecer, mantener y administrar la asignación de tierras para la construcción de cooperativas rurales. En el marco de un acuerdo de concesión de licencias que se renueve periódicamente, violó los derechos de la familia árabe a comprar en estas tierras y construir una vivienda al igual que la población judía. La respuesta de la Agencia Judía fue de rechazo ante el conocimiento del TSI de este caso, por considerarlo una injerencia grave a su autonomía de aceptar o rechazar las peticiones de compra de tierras. La decisión del TSI fue de una *orden nisi* absoluta donde establece que al Estado no se le permitió por ley asignar las tierras a la Agencia Judía, con el fin de establecer el asentamiento *Katzir* sobre la base de la discriminación entre judíos y no judíos. Por tanto, el Estado debía examinar la solicitud de los demandantes de comprar una tierra en este asentamiento y decidir dentro del marco legal si cumplen con los requisitos, de conformidad con el principio de igualdad en Israel.

<sup>585</sup> Barak, Aharon. “Overruling Precedent”, op. cit., p. 270.



Por consiguiente, el TSI cambió su posición respecto a los temas políticos y ahora se pronuncia sobre las obligaciones del Gobierno de Israel toda vez que éste aunque pueda tener intereses políticos dentro de los TO está igualmente obligado a cumplir con las disposiciones internacionales sin tener por ello una consideración especial; lo que aplica a todas las acciones de cualquier entidad gubernamental.<sup>586</sup>

No obstante, cuando las decisiones militares se adaptan a las cuestiones de razonabilidad y necesidad el TSI no interviene. Lo que genera un problema porque las medidas militares tomadas dentro de los TO no siempre se ajustan a la razonabilidad y proporcionalidad de los hechos<sup>587</sup>; con lo cual otorga mayor autonomía al gobierno militar. Por eso es importante que el TSI determine la legalidad de las medidas tomadas por los militares y la competencia de estos, para analizar si las acciones son proporcionales a los hechos.

Si las acciones de las FDI no se ajustan a lo dispuesto deben ser modificadas y de ninguna manera la petición ante el TSI debe ser desestimada por falta de justiciabilidad. En este sentido, el TSI expresa que cada acción gubernamental ira necesariamente relacionada con una norma jurídica. Por consiguiente, es posible determinar si las condiciones y circunstancias llevadas a cabo son consecuentes con la normativa<sup>588</sup>.

Según Barak, una herramienta importante para el juez dentro de papel en una democracia es determinar la justiciabilidad. Donde el juez identifica cada caso y cuál es la rama del gobierno competente para decidir sobre el mismo. De tal forma que entre más cuestiones no sean justiciables menos son las oportunidades del juez para cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y la protección de la Constitución y la democracia<sup>589</sup>.

---

<sup>586</sup> HCJ 6698/95, *Aadel v. Ka'adan v. Israel Land Administration*, op. cit., pp. 11-15.

<sup>587</sup> Zemach, Y.S. "The Non-Justiciability of Military Measures". *Israel Law Review*. Vol. 9, 1974, p. 137.

<sup>588</sup> HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, op. cit., p. 68.

<sup>589</sup> Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., p. 103.

Por eso en la gran mayoría de sentencias el TSI prefiere hacer un análisis de fondo sobre la razonabilidad de los actos cometidos, analizando si la acción cumple con las normas, evitando recurrir a la justiciabilidad normativa o justiciabilidad institucional. Es decir, prefiere recurrir a un análisis de fondo del argumento presentado en la demanda y en tal caso abstenerse de tomar una decisión por falta de causa para la acción que por la no-justiciabilidad.

En este sentido, Barak sostiene, “En un Estado democrático es necesario establecer un equilibrio entre el gobierno de la mayoría y los valores fundamentales de la sociedad que gobiernan a la mayoría...cuando la mayoría priva a las minorías de derechos humanos, eso lástima a la democracia”. De tal manera que en una democracia constitucional todos los poderes públicos son objeto de control<sup>590</sup>.

### **III. Jurisdicción del Tribunal Supremo sobre los Territorios Ocupados**

El tema de la no-justiciabilidad es tenida en cuenta por el TSI porque considera necesario protegerse de la falta de confianza pública y evitar ser catalogado como un organismo político. Aunque este argumento no tiene mucha razón de ser si se tiene en cuenta que cuando el TSI se ocupa de cuestiones políticas, no tomará como referencia la opinión personal de los jueces sino las normas jurídicas que regulen cada caso<sup>591</sup>.

La normativa aplicada dentro de los TO también ha sido definida por el TSI dentro de su jurisprudencia por la competencia derivada del derecho israelí que lo faculta para revisar las acciones que sean contrarias con las Leyes Básicas<sup>592</sup>. El TSI ha decidido en torno a la situación de los TO pronunciándose

---

<sup>590</sup> *Ibidem.*, op. cit., p. 32. HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, op. cit., p. 73-74.

<sup>591</sup> Netanyahu, Shoshana. “The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law”, op. cit., p. 8.

<sup>592</sup> Véase, Basic Law: Human Dignity and Liberty, Section 9. “There shall be no restriction of rights under this Basic Law held by persons serving in the Israel Defence Forces, the Israel Police, the Prisons Service and other security organizations of the State, nor shall such rights be subject to conditions, except by virtue of a law, or by regulation enacted by virtue of a law, and to an extent no greater than is required by the nature and character of the service”. Section 11. “All governmental authorities are bound to respect the rights under this Basic Law”.

en diferentes casos que aunque sin duda tenían relación con una situación política, su decisión versaba desde el punto de vista jurídico; algo que generó conflictos dentro del medio político.

En cuanto a la revisión judicial de la legalidad de la legislación aplicada en los TO por el comandante militar, ha determinado si las limitaciones impuestas en el principio de la ocupación eran legales<sup>593</sup>. En este caso que la ocupación ha sido prolongada, las medidas legislativas tomadas sobre el territorio han pasado de nuevo por revisiones de legalidad para ver si se sustentan en una situación de ocupación prolongada<sup>594</sup>.

En esta misma línea, Distein sostiene que es necesario hacer un examen de legalidad en los cambios legislativos, porque pueden esconder un interés distinto al promulgado, y así evitar mayor poder del ocupante. Establece que para determinar si en realidad la ley promulgada es en beneficio de la población, el factor decisivo para establecer esto será hacer un paralelo con la legislación del ocupante<sup>595</sup>. Lo que no quiere decir una trasposición normativa pero si tener en cuenta el “núcleo jurídico de la legislación”<sup>596</sup>. En definitiva lo que busca la nueva normativa es la efectividad y eficacia dentro del territorio ocupado. Para lo cual puede servir la revisión judicial que haga el TSI en este sentido, adaptando lo mejor posible las decisiones al interés y bienestar de la población.

Hasta finales de los años 70 el TSI limitó la revisión de los casos relacionados con un exceso de jurisdicción o de un vicio procedimental. Cuando se impugnaba un acto el éste no tenía en cuentas las consideraciones de seguridad alegadas por las FDI, a menos que el Comandante Militar no

---

<sup>593</sup> Rubinstein, Amnon. The Changing Status of the “Territories” (West Bank and Gaza): From Scrow to Legal Mongrel. *Tel Aviv University Studies Law*. Vol. 8, p. 74.

<sup>594</sup> *Ibidem*, pp.75-76. Véase, HCJ 337/71, *Christian Association for the Holy Places v. Minister of Defense et. Al.* (un resumen de la sentencia en inglés en *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 2, 1972) en este caso el TSI tiene que determinar si el cambio de la legislación local se adapta a las necesidades de la población local.

<sup>595</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., pp. 120-121.

<sup>596</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

podiera probar que actuaba dentro de su jurisdicción y de buena fe<sup>597</sup>. En este caso tenía en cuenta dos cuestiones: si las actuaciones militares eran de acuerdo a los poderes otorgados y si actuaban por verdaderos motivos de seguridad<sup>598</sup>.

Como se ha mencionado anteriormente, la ocupación del gobierno israelí ha llevado a cabo diferentes acciones dentro de los TO que sin duda modificaron su condición territorial y perjudicaron su autonomía. Ahora bien, ese cambio territorial llevado a cabo en los asentamientos judíos donde pasan a ser una extensión del territorio de Israel, ha sido creado por un gobierno militar. Donde se aplica parte del sistema jurídico israelí a pesar de la negativa gubernamental al respecto<sup>599</sup>.

Por consiguiente, el TSI tiene jurisdicción sobre las actividades de los militares y reafirma la misma en la obligación de supervisar los funcionarios públicos dentro o fuera de Israel, toda vez que estos responden a las leyes del Estado. Por tanto, está en la capacidad de conocer las peticiones que se presentan por la población afectada ya sea palestina o israelí, aunque dentro de los TO las Cortes Militares tienen jurisdicción. No obstante, están sujetos a la revisión judicial por parte del TSI ante posibles transgresiones o la corrección de estas<sup>600</sup>.

En el principio de la ocupación la autoridad militar dentro de los TO reafirmó su autoridad tanto militar como gubernamental a través de la

---

<sup>597</sup> Geva, Benjamin. "On the Proper Balance Between the Security of the State and Civil and Human Rights". *Mishpatim*. Vol. 5, 1974, p. 685. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>598</sup> Zemach, Yaacov Z. "The Non-Justiciability of Military Measures". op. cit., p. 131.

<sup>599</sup> Kretmer David. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., p. 19.

<sup>600</sup> Shamgar, Meir. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage". En, Shamgar, Meir. (ed.). *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980, The Legal Aspects* op. cit., p. 58. Cohen, Esther Rosalin. "Justice for Occupied Territories? The Israeli High Court of Justice Paradigm". *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 24, 1985-1986, pp. 474-476. Cohen, Esther Rosalin. *Human Rights in the Israel-Occupied Territories 1967-1982*, op. cit., p.81. Albert, Jeffrey M. "Constitutional Adjudication without a Constitution: the case of Israel", op. cit., p.1247.

Promulgación N° 1 que aunque no constituye un documento legal, si es un documento declarativo que confirma la autoridad de las FDI sobre los TO<sup>601</sup>.

No obstante, esta declaración de autoridad sobre las áreas ocupadas por Israel no ha supuesto un conflicto de jurisdicción entre las FDI y el TSI cuando recibe las peticiones de la población palestina. Hay un acuerdo tácito entre estos dos órganos que se ha visto reflejado en la jurisprudencia del TSI, para no entrar a decidir la idoneidad de las acciones militares, pero siempre teniendo en cuenta la protección de los derechos fundamentales<sup>602</sup>.

Es decir, el TSI ha limitado la revisión judicial a las actividades militares dentro o fuera de los TO y no se aplica solo a la cuestión de competencia funcional sino que se analiza en su conjunto sobre el procedimiento llevado a cabo por los militares lo que incluye la oportunidad, proporcionalidad, legalidad y eficacia de las medidas tomadas en cumplimiento del derecho<sup>603</sup>. En algunos casos donde la protección de los derechos fundamentales dependía de la ejecución inmediata del TSI, emitió órdenes que permitieron frenar las acciones militares en el momento de su ejecución<sup>604</sup>. La misión o filosofía del TSI se ha centrado en la protección del estado de derecho.

En algunos casos el TSI no hablaba de su jurisdicción sino que simplemente procedía a conocer el caso analizando las actividades de las autoridades militares, como parte de su actividad judicial para el mantenimiento de la ley y el orden dentro de los TO; aunque en principio su intervención era casi nula e inexistente cuando se trataba de discrecionalidad militar<sup>605</sup>. La intervención en cuestiones militares relacionadas con la seguridad solo se

---

<sup>601</sup> Shamgar, Meir. "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage". En, Shamgar, Meir. (ed.). *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980, The Legal Aspects*, op. cit., pp. 13, 43, 56. Cohen, Esther Rosalin. *Human Rights in the Israel-Occupied Territories 1967-1982*, op. cit., p.92.

<sup>602</sup> *Ibidem.*, pp. 83-91.

<sup>603</sup> Véase las sentencias, HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria*, op. cit., p. 45. HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense*, p. 65.

<sup>604</sup> Véase entre otros, Kretzmer, David. *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., p. 20. Cohen, Esther Rosalind. "Justice for Occupied Territories? The Israeli High Court of Justice Paradigm", op. cit., pp. 496-497.

<sup>605</sup> Zemach, Yaacov Z. "The Non-Justiciability of Military Measures", op. cit., p. 128.

realizaba por absoluta necesidad de proteger a la población de los TO de actividades hostiles<sup>606</sup>.

Esa posición del TSI en relación con los tema de seguridad era porque consideraba las decisiones militares similares a la política exterior y como tal, no era apropiado decidir sobre los mismos<sup>607</sup>. De igual manera las cuestiones políticas eran un tema en el cuál el TSI se abstenía de pronunciarse por considerar que estaban fuera de alcance de la determinación judicial<sup>608</sup>.

### **3. La protección de los Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo**

La jurisprudencia del TSI dentro de los TO se basa principalmente en el análisis de las acciones militares durante el periodo de ocupación, disponiendo en algunas ocasiones la protección de las libertades básicas de la población Palestina<sup>609</sup>. Por otro lado, va unida a la lucha contra grupos terroristas que actúan dentro y fuera de las fronteras del Estado de Israel.

Israel como un Estado Democrático que tiene en cuenta las amenazas a la seguridad debe rechazar las acciones severas contra las personas que son sospechosas de actividades ilegales. De conformidad con el derecho israelí cualquier orden contraria con los valores democráticos e internacionales debe ser rechazado por ser ilegal de acuerdo con lo que establece el derecho constitucional<sup>610</sup>. Por tanto, la necesidad de proteger la seguridad nacional por parte de las diferentes ramas del poder, y la lucha contra el Terrorismo deben ser acorde con las normas jurídicas vinculantes para el Estado<sup>611</sup>.

---

<sup>606</sup> *Ibidem*, p.130. Cohen, Esther Rosalin. *Human rights in the Israeli-occupied territories, 1967-1982*, op. cit., pp.156-158.

<sup>607</sup> Zemach, Yaacov Z. *The Non-Justiciability of Military Measures*, op. cit., p.131.

<sup>608</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>609</sup> Dotan, Yoav. "Judicial Rhetoric, Government, Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during Intifada". *Law & Society Review*. Vol. 33, 1999, p. 327.

<sup>610</sup> Robberts, Gerhard. *Encyclopedia of World Constitutions*. New York, Infobase Publishing, 2006, pp. 439-440.

<sup>611</sup> Pnina, Lahav. "A Barrell Without Hoops the Impact Counterterrorism on Israel's Legal Culture". *Cardozo Law Review*. Vol. 10, 1988-1989, p. 550.

Ahora bien, desde el comienzo de la Primera Intifada se incrementaron el número de actividades hostiles hacia la población israelí, y las autoridades militares respondieron en algunas ocasiones de manera desproporcionada infringiendo seriamente las libertades de los residentes Palestinos en los TO. Esto se ejecutaba a través de medidas administrativas que buscaban restringir los ataques, originando el aumento de peticiones ante el TSI, y que fue denominado por algunos como decisiones simbólicas y no sustantivas, porque no garantizan la protección de los derechos humanos<sup>612</sup>.

Dentro de las medidas administrativas tomadas dentro y fuera de Israel por el *Shin Bet* (Servicios Secretos de Seguridad, en adelante SGS) FDI y el Mossad (Agencia de inteligencia de Israel) están las detenciones a personas sospechosas de ataques terroristas sometidas a malos tratos en algunas ocasiones y ejecuciones. Dentro de estas actuaciones hay argumentos de “Razones de Estado” que justifican estas medidas tomadas contra las personas suicidas. Aunque dentro del derecho israelí el asesinato como un acto de lucha contra el terrorismo es totalmente ilegal e incompatible con el Estado de Derecho<sup>613</sup>.

En este sentido se puede ver el caso de Yossi Ginossar<sup>614</sup> quien fue miembro de los SGS, y participó en el rescate de un autobús secuestrado por terroristas palestinos. El ejército irrumpió en el autobús liberando a los pasajeros y dos de los terroristas fueron detenidos con vida, pero posteriormente se anunció que todos los detenidos murieron en el rescate. Se creó una Comisión de Investigación de los hechos que fue integrada por

---

<sup>612</sup> Véase los siguientes autores, Dotan, Yoav. “Judicial Rhetoric, Government, Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during Intifada”, op. cit., pp. 328-330. Guiora, Amos N; Page, Erin M. “Going To e to Toe: President Barak’s and Chief Rehnquist’s Theories of Judicial Activism”. *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 29, 2005-2006, p.61. Walter, Christian; Vöneky, Silja; Röben, Volker; Schorkopf, Frank (eds.). *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?* Berlin, Springer, 2004, p. 386.

<sup>613</sup> Pnina, Lahav. “A Barrell without Hoops the Impact Counterterrorism on Israel’s Legal Culture”, op. cit., pp. 531-532. Gontovnik, Gershon. “Country Report in Israel”. En, Walter, Christian; Vöneky, Silja; Röben, Volker; Schorkopf, Frank (eds.). *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, op. cit., pp. 388-389.

<sup>614</sup> HCJ 6163/1992, *Yoel Eisenberg v. Minister of Building of Housing*, p. 1-2. Disponible en Web:[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/92/630/061/Z01/92061630.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/92/630/061/Z01/92061630.z01.pdf) [Consulta: 29 de marzo de 2011]. Pnina Lahav. “A Barrell without Hoops the Impact Counterterrorism on Israel’s Legal Culture”, op. cit., p.529.

Ginosar, quién lo hizo para encubrir la actuación de parte del personal de los SGS. Aunque posteriormente recibió el perdón del Presidente de Israel en un dictamen muy controvertido<sup>615</sup>. En el caso del indulto presidencial este evita cualquier acusación a futuro respecto de los hechos en que el funcionario se vio involucrado.

No obstante, los fallos del TSI no desconocen los derechos fundamentales de los detenidos en actos de terror, ni la prohibición de ser sometidos a medidas de presión durante los interrogatorios. Y, aún por encima de la política estatal de anteponer la seguridad del Estado como motivo para llevar a cabo estos actos, son contrarios a las normas Internacionales. Según el TSI cualquier confesión obtenida mediante presión socava los esfuerzos de los SGS de frustrar las actividades terroristas<sup>616</sup>.

Esta posición del TSI no siempre se ha mantenido y en sentencias posteriores ante el aumento de los actos de terror, argumenta que en determinadas circunstancias es posible la utilización de la fuerza en el interrogatorio de los sospechosos de actividades terroristas<sup>617</sup>. A partir de la Segunda Intifada en 1999 la jurisprudencia de protección de los derechos fundamentales cambió, y el TSI se encontró en un dilema para garantizar la protección y el Estado del Derecho frente a los ataques terroristas<sup>618</sup>.

Ahora bien, dentro del proceso de paz entre palestinos e israelíes hay un dilema para las FDI porque hasta la fecha han tenido un objetivo claro: la lucha contra el enemigo y por ello gozan de plena aceptación y respaldo de sus actividades por parte del Estado. Pero por otro lado, también deben buscar un acuerdo definitivo con la partes en el conflicto.<sup>619</sup>

---

<sup>615</sup> HCJ 6163/1992, *Yoel Eisenberg v. Minister of Building of Housing*, En este caso se puede ver la intervención del TSI en cuestiones de carácter político que antes no decidía. Diferentes cuestiones se han dirimido ante el Tribunal donde no necesariamente se llevan por un control constitucional.

<sup>616</sup> *Ibidem.*, op. cit., p. 19.

<sup>617</sup> La doctrina del TSI se analizará más adelante en el último capítulo. Véase, Gilead, Israel. *The Dilemma of Israel's High Court of Justice: The Battle for Human Rights in Times of War*. Disponible en Web: <http://jurist.law.pitt.edu/world/israelhcj.php> [Consulta: 15 de marzo de 2011]

<sup>618</sup> *Ibidem.*

<sup>619</sup> Gavison, Ruth. "Legal Systems and Public Attitudes during Negotiations towards Transition from Conflict to Reconciliation: The Middle East, 1992-1994". En, Cotran, Eugene. Mallat,



En este control de las acciones militares, el TSI no siempre puede intervenir en las decisiones tomadas por el Comandante Militar, quien tiene posibilidad de atenuar los efectos de las sentencias y adaptar la decisión acorde con la situación. Como por ejemplo, está la liberación de presos palestinos por motivos políticos donde no siempre el TSI puede intervenir. En este sentido, hubo peticiones a los miembros del poder judicial para que se interpusieran en estas decisiones y evitara la liberación de presos culpables de asesinato<sup>620</sup>.

Según Shehadeh, el papel del TSI no tiene valor si las decisiones jurídicas recaen en el Comandante del Área por expresa autorización del gobierno y la legislación. Como también por los constantes cambios legislativos que no le permita al TSI mayores cambios dentro de la región. Lo que demuestra que la restricción de éste de conocer temas que son del gobierno, es porque está dentro del marco jurídico israelí; por tanto, es la prueba de una disfunción en la promoción de los derechos humanos en Cisjordania y Gaza<sup>621</sup>.

De manera que la independencia de la administración militar frenó la intervención del TSI sobre el escrutinio de las actividades militares acorde con el derecho internacional<sup>622</sup>. En la práctica, los intereses de la población no se tienen en cuenta o pasan a un plano secundario, porque se legitima la ocupación y permite un desarrollo paralelo de la democracia israelí.

Muchas acciones militares que no cumplen con los requisitos internacionales han sido justificadas por la falta de planeación y las precipitadas decisiones tomadas por iniciativa individual en la región; aunque sin embargo no los excluye de su responsabilidad. Como ejemplo, las detenciones en masa de palestinos que no cumplen con los requisitos mínimos

---

Chibli; Stott, David. *The Arab-Israeli accords: legal perspectives*. London, Kluwer law International, 1996, p. 32.

<sup>620</sup> *Ibidem.*, p. 33.

<sup>621</sup> Shehadeh, Raja. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*, op. cit., p. 96.

<sup>622</sup> Benvenisti, Eyal. *The international law of occupation*. New Jersey, Princeton University Press, 1993, p. 143.

en el momento de la detención<sup>623</sup>. Esta situación ha sido denunciada porque se dictan órdenes de detención colectiva sin ningún tipo de revisión judicial en lugar de hacer un examen individual de cada caso<sup>624</sup>. A su vez, no corresponde en muchos casos con una orden preventiva o administrativa, por tanto, no cumple con el principio de proporcionalidad y el debido proceso. Los detenidos permanecen hasta 18 días sin comparecer ante un juez lo que genera un conflicto respecto de los derechos fundamentales en el sistema israelí como en el internacional. La doctrina del TSI considera que es necesaria la revisión judicial de todos los actos del Poder Ejecutivo incluyendo aquellos que se consideran discrecionales<sup>625</sup>.

La respuesta a la petición presentada ante el TSI se basó en la distinción que hace la orden N° 378 que distingue entre un detenido regular y otro que es sospechoso de cometer un crimen previsto en la legislación de seguridad. En este caso el encargado de la investigación tiene plena potestad para ampliar el tiempo de encuentro entre el detenido y su abogado, si considera que es necesario para la investigación o para la seguridad de la zona<sup>626</sup>.

En cuanto a la protección de los derechos de los detenidos el TSI no se ha pronunciado a favor porque considera que en casos donde hay serias amenazas a la seguridad, no es posible permitir el encuentro de los abogados con los detenidos. Algo que determina como una medida legítima bajo el derecho israelí e internacional cuando así se requiera; ahora bien, teniendo en cuenta cada circunstancia en particular analizando la razonabilidad y proporcionalidad de los hechos<sup>627</sup>.

---

<sup>623</sup> HCJ 3239/2002, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*. (un extracto de la sentencia en inglés se puede encontrar en *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 34, 2004, p. 307. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/390/032/A04/02032390.a04.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/390/032/A04/02032390.a04.pdf) [Consulta: 22 de marzo de 2011])

<sup>624</sup> Seidman, Guy I. "Judicial Administrative Review in Times of Discontent: The Israeli Supreme Court and the Second Palestinian Uprising". *Israel Affairs*. Vol.14, n° 4, October 2008, pp. 650-651.

<sup>625</sup> Guiora, Amos N; Page, Erin M. "Going To e to Toe: President Barak's and Chief Rehnquist's Theories of Judicial Activism", op. ci., pp. 61-62. HCJ 3239/2002, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit., parr. 8, 12.

<sup>626</sup> *Ibidem.*, parr. 37-39.

<sup>627</sup> *Ibidem.*, parrs. 3,20. Aunque no siempre el principio de proporcionalidad relacionado con el derecho a la Dignidad y la Libertad ha sido protegido, como por ejemplo, la expropiación de

La doctrina del TSI en la lucha contra el terrorismo se ha centrado en la necesidad de enseñar las reglas de conducta a los militares no importando su rango, permitiendo la aplicación dentro del área de conflicto y tratando siempre de preservar la dignidad de la población<sup>628</sup>. La jurisprudencia ha tenido muy presente la importancia de la lucha contra el terrorismo y los ataques a la población israelí<sup>629</sup>. Algo difícil de cumplir porque la protección de los derechos humanos en los T.O es decido por la autoridad militar israelí que hace una distinción de la población judía y árabe, donde estos últimos no gozan de los mismos derechos civiles<sup>630</sup>.

Lo que ha sido criticado al TSI por no dictar una jurisprudencia que detenga la autoridad miliar, la ocupación, o los asentamientos de manera general cuando está de por medio el tema de la seguridad<sup>631</sup>. En este sentido, la doctrina del TSI expresa que la diferencia entre los ciudadanos judíos y árabes puede ser legítima, porque no siempre la distinción en el tratamiento entre diferentes grupos constituye una discriminación. Pero debe estar basada en razones objetivas y proporcionales<sup>632</sup>.

### **I. El Balance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre las exigencias de la seguridad y las de protección de las Libertades Fundamentales**

Desde la creación del Estado de Israel el TSI tiene declarado el conflicto que se presenta entre los reglamentos de emergencia y las libertades individuales, donde sin duda los derechos de las personas pueden incumplirse

---

tierras. Véase, Hussein Hussein Abu Hussein, Husayn Abū Husayn, Fiona McKay. *Access denied: Palestinian land rights in Israel*. London, Zed Books Ltd, 2003, p. 32.

<sup>628</sup> Guiora, Amos N. "Going To e to Toe: President Barak's and Chief Rehnquist's Theories of Judicial Activism", op. cit., p. 67.

<sup>629</sup> Colombo, Zamir S. *The law of Israel general survey*, op. cit., p. 40

<sup>630</sup> Hussein Abu, Hussein; McKay, Fiona. *Access denied: Palestinian Land Rights in Israel*, op. cit., pp. 28-30.

<sup>631</sup> Woods, Patricia J. *Judicial Power and National Politics: Court and Gender in the Religious-Secular Conflict in Israel*. New York, Sunny Press, 2008, pp.39-40.

<sup>632</sup> Hussein Abu, Hussein; McKay, Fiona. *Access denied: Palestinian Land Rights in Israel*, op. cit., p. 31.

en aras de proteger el interés general<sup>633</sup>. Con el paso de los años esta posición cambió y ahora los reglamentos de emergencia han sido reducidos por el efecto negativo que tenía sobre las libertades individuales. Esa amplia libertad para decidir en el momento de ejecutar las acciones ahora es más controlada por el TSI, y con mayor énfasis el balance entre la seguridad nacional y los intereses individuales<sup>634</sup>.

Los reglamentos de emergencia son parte del derecho interno y según el TSI, esta discrecionalidad que poseen las autoridades debe ejercerse de manera razonable, de buena fe, sobre la base de las pruebas, haciendo un balance de los valores implicados en cada caso<sup>635</sup>. Como se mencionó previamente, el caso “*Kol Ha’am*” dio inicio a la revisión judicial por parte del TSI sobre el amplio poder discrecional que tienen las autoridades para restringir las libertades individuales<sup>636</sup>. Aunque el conflicto entre el principio de seguridad del Estado y la libertad de expresión realmente se inició con *Schnitzer*.

En el caso *Schnitzer*, el Jefe de la censura militar israelí dispuso no publicar algunas partes del artículo de prensa que criticaba la actividad desempeñada por el Jefe del *Mossad*, quien estaba próximo a retirarse de su cargo. El argumento era que las críticas afectarían negativamente la capacidad del *Mossad* en su funcionamiento y centraba la atención en su representante lo cual ponía en peligro su seguridad<sup>637</sup>.

El TSI dispuso que los Reglamentos de Emergencia que otorgan poderes a las autoridades hacen parte del derecho israelí y como tal debían ser interpretados en armonía con los valores democráticos del Estado, los cuales

---

<sup>633</sup> Bracha, Baruch. “Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts”. *Stanford Journal of International Law*. Vol. 28, 1991-1992, p. 55

<sup>634</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 56.

<sup>635</sup> La interpretación del TSI sobre los Reglamentos de Emergencia y el poder discrecional para su interpretación se pueden ver en: HCJ 680/88, *Meir Schnitzer v. The Chief Military Censor*. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/88/800/006/Z01/88006800.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/88/800/006/Z01/88006800.z01.pdf) [Consulta: 22 de marzo de 2011]. Mezdini, Meron. “Censorship Problems in Israel-The Legal Aspect”. *Israel Law Review*. Vol. 6, 1971, pp. 314-317.

<sup>636</sup> HCJ 73/53, *Kol Ha’am” Co. LTD v. Minister of Interior*, op. cit.,

<sup>637</sup> HCJ 680/88, *Meir Schnitzer v. The Chief Military Censor*, op. cit., p. 1.

confieren importancia a la Libertad de Expresión y la Libertad de Prensa. Toda vez que los valores en disputa son la seguridad del Estado y la Libertad de Prensa, esa libertad no puede ser limitada a menos que haya certeza que la publicación será la causa de daños graves a la seguridad; algo que no fue demostrado por parte del censor<sup>638</sup> y por ello se autorizó la publicación en su totalidad del artículo de prensa<sup>639</sup>.

En este caso, el balance entre el interés de seguridad del Estado y la Libertad Individual fue analizado de manera general por el TSI y no se aplica a todos los casos donde la Libertad de Expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales. Por tanto, no queda claro si la revisión en cada caso permite hacer un balance cuando se presente un conflicto entre la Libertad de Expresión y las cuestiones de seguridad. Solo se aplicará dependiendo de los casos que se presenten a revisión<sup>640</sup>.

Si se demuestra que hay una amenaza real contra la seguridad del Estado, está permitido en Israel limitar o restringir la Libertad de Expresión. Pero esto siempre debe ir seguido de un balance sobre la necesidad del mismo, donde se pueda analizar otras posibilidades, utilizando esto como último recurso. En pocas ocasiones el TSI ha hecho uso de su poder de restricción o anulación de poderes discrecionales de las autoridades<sup>641</sup>. En consecuencia, es necesario tener en cuenta que para un desarrollo de la jurisprudencia en tiempos de crisis o estado de emergencia como es el caso de Israel, el TSI debe evitar hacer alusión a la seguridad nacional para justificar la suspensión o violación de las libertades individuales<sup>642</sup>. La seguridad nacional

---

<sup>638</sup> *Ibidem.*, pp. 54-55. El Censor no dio suficiente peso al principio de la Libertad de Expresión.

<sup>639</sup> *Ibidem.*, pp. 53, 57- 58.

<sup>640</sup> Bracha, Baruch. "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts", op. cit., pp. 58-59.

<sup>641</sup> Véase entre otros, HCJ 806/88, *Universal City Studios v. Films Plays and Censorship Board*, p.1. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/88/060/008/Z01/88008060.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/88/060/008/Z01/88008060.z01.pdf) [Consulta: 23 de marzo de 2011] HCJ 153/83, *Alan Alevi and Yaheli Amit v. Southern District Police Commander*, op. cit., pp. 1-3. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/83/530/001/Z01/83001530.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/83/530/001/Z01/83001530.z01.pdf) [Consulta: 23 de marzo de 2011].

<sup>642</sup> Bracha, Baruch. "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts", op. cit., pp. 40-41.

no concede derecho absoluto para argumentar el daño a una población<sup>643</sup>. Lo que en algunas ocasiones ha sucedido porque el TSI se abstiene en la aplicación de las normativa internacional a favor de la “doctrina de la cuestión política” dada su posición de sometimiento ante el poder ejecutivo<sup>644</sup> y porque tiene la necesidad de evaluar los riesgos que pueden ocasionar para la población israelí<sup>645</sup>.

Como ya se ha mencionado, la autoridad que determina el balance entre la libertad individual y la seguridad pública es la militar y no siempre respeta ese principio. Porque no es fácil comprobar si las actuaciones que atentan contra la libertad de la población local, cumplieron con el requisito de razonabilidad<sup>646</sup> descrito en la jurisprudencia del TSI. Aunque el balance de intereses puede ser una buena base para la protección de los derechos humanos<sup>647</sup>.

Se puede decir que ante la falta de una constitución escrita y la ausencia de normas que tengan supremacía legal el TSI no parece tener mayor efectividad en cuanto a la protección de los derechos de la población palestina. Aunque dentro de su doctrina reconoce que la ausencia de una constitución escrita no supone un problema para el Estado, ni para la protección de los derechos civiles<sup>648</sup>.

---

<sup>643</sup> Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., pp. 187-188.

<sup>644</sup> Ver entre otros autores, Benvenisti, Eyal. “Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International’s Resolution on ‘The Activities of National Courts and the International Relations of their State’”. *European Journal of International Law*. Vol. 5, nº 1, 1994, p. 13. Zamir, Itzhak; Colombo, Sylviane. *The law of Israel: general surveys*. Jerusalem, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1995, p. 48. (dentro de las sentencias que se pueden ver como ejemplo a este tema: HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria*).

<sup>645</sup> HCJ 168/91, *Murkos v. Minister of Defense et al.* (un extracto de la sentencia en, *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 23, 1993, p. 339). O’keefe, Roger. *The Protection of cultural property in armed conflict*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 341-342.

<sup>646</sup> Goldstein, Stephen. “The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience”. En, Gibney, Mark; Frankowski, Stanislaw. *Judicial Protection of Human Rights: myth or reality?* Westport, Greenwood Publishing Group, 1999, p. 63.

<sup>647</sup> Bracha, Baruch. “Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts”, op. cit., p. 62, 64-65. Barak, Aharon. “Human Rights in Israel”, op. cit., p.24.

<sup>648</sup> Payes, Shany. *Palestinian NGOs in Israel: the politics of civil society*. London, Tauris Academic, Studies, 2005, p. 66

## II. Justificación de la inaplicación del Derecho Internacional en determinados litigios

La jurisprudencia del TSI en relación con la situación de los TO en realidad busca medidas de disuasión que de proporcionalidad, como por ejemplo cumplir con un resultado inmediato como puede ser evitar un ataque terrorista. Aunque a largo plazo las medidas tomadas no sean las más adecuadas y efectivas<sup>649</sup>. El TSI sin duda ha llevado a cabo un activismo con restricciones, es decir cuando se trata de los asuntos del Estado de Israel su intervención en la protección y garantía de los derechos humanos es amplia, mientras que frente a los TO toma cierta distancia. En algunas decisiones simplemente confirma los argumentos presentados por las autoridades israelíes<sup>650</sup>.

Esto conlleva a una pregunta, ¿porque el Estado de Israel se interesa en justificar sus acciones frente al incumplimiento del derecho internacional? Evidentemente no solo le preocupa al Estado el no cumplir con los tratados internacionales ratificados en materia de derechos humanos, las violaciones a los derechos de la población palestina en los TO, sino también su imagen como Estado. Sus acciones han sido ampliamente denunciadas por diferentes organismos internacionales presentes en la región<sup>651</sup>.

Los Estados buscan distintas formas de justificar los actos ejecutados por estos y que contravienen el derecho internacional, porque las resoluciones, y condenas en su contra, pueden tener incidencia en la esfera nacional. En este sentido, Luck sostiene que [...] '*la autorización de las Naciones Unidas se*

---

<sup>649</sup> Merari, Ariel. "Israel Facing Terrorism". En, Cohen-Almagor, Raphael. *Israeli Democracy at the Cross*. New York, Routledge, p. 235.

<sup>650</sup> Gordon, Hayim. *Looking Back at the June 1967 War*. Westport, Greenwood Publishing Group, 1999, p. 159

<sup>651</sup> Véase entre otras: Resolución del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/S-3/L.1, Violaciones de los derechos humanos resultantes de las incursiones militares israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluidos la reciente incursión en la parte septentrional de Gaza y el ataque a Beit Hanún, 14 de noviembre de 2006. Informe del Consejo de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/25, Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos en los Territorios Árabes Ocupados, incluida Palestina, 15 de marzo de 2000, párrs. 57-58. Informe de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1995/19, Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos en los Territorios Árabes Ocupados, Incluida Palestina, 13 de diciembre de 1994, párrs. 6-7.

*percibe con valor político, en términos internacionales y nacionales, incluso por los estados más poderosos’.*<sup>652</sup>

Barak dice que *“Israel is part of the International community, and as such, it will be conform to that community’s norms”*<sup>653</sup>. Ahora bien, en las sentencias dictadas sobre los TO el TSI fundamenta que aunque Israel es parte de distintos tratados internacionales, no se debe olvidar que los TO son una zona en conflicto producto de la ocupación y como tal genera situaciones de difícil cumplimiento. Aunque es justamente esta situación la que deben manejar los jueces como una prueba diaria en la protección de la democracia, y las acciones a tomar en medio de la guerra y el terrorismo. Esta lucha contra el terrorismo genera tensión y dudas sobre las medidas más idóneas para la protección de los derechos humanos de cada individuo, incluso la de aquellos que participan dentro de las hostilidades; siendo esta la principal función del Poder Ejecutivo y Judicial<sup>654</sup>.

Este balance que se hace entre la lucha contra el terrorismo y la necesidad de proteger los derechos por encima de cualquier situación que ponga en duda su cumplimiento, ha convertido al Estado en una democracia defensiva. No obstante, es necesario utilizar los mecanismos que la ley dispone para garantizar un Estado democrático<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> Luck, Edward C. “La fuerza, la reforma y el futuro de las Naciones Unidas. *Vanguardia Dossier*, ¿Quién manda en el mundo?” Número 14, enero- marzo 2005, p.54

<sup>653</sup> Barak, Aharon. “Human Rights in Israel”, op. cit., p. 25.

<sup>654</sup> Barak, Aharon. *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*, op. cit., p. 180.

<sup>655</sup> Dershowitz, Ian M. *The Case for Israel*. New Yersey, John Wiley and Sons, 2003, pp.185-186.



## CAPITULO V

### LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ISRAELÍ

#### 1. La doctrina en todas las cuestiones originadas por la “cuestión palestina” y la protección de los derechos humanos

##### I. El Muro y los asentamientos: la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra

La Segunda Intifada trajo consigo más restricciones a la población palestina y permitió a Israel tomar medidas que sin duda han frustrado los avances en las negociaciones de paz que se habían conseguido hasta la fecha. Una de las medidas que han afectado de manera permanente a la población es la decisión del gobierno israelí de construir una barrera de seguridad<sup>656</sup> que impide el paso de la población de los TO hacia Israel, como respuesta a los ataques suicidas contra la población civil. El Estado defiende esta medida como provisional, que no tiene por objeto delimitar las fronteras del país<sup>657</sup>.

Esto generó una respuesta nacional como internacional ante esta decisión al considerar que Israel de manera unilateral intentaba establecer las fronteras y tomar parte de la propiedad privada palestina, que se denominó como una “anexión territorial”<sup>658</sup>. La decisión fue tomada en cuenta por un interés político más que de seguridad, porque el trazado del muro no protege solamente a la población en Israel sino a los asentamientos judíos en los TO.

---

<sup>656</sup> Aquí utilizaré el término de “muro” empleado por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva, sobre las Consecuencias de la Construcción de un Muro en Territorio Palestino.

<sup>657</sup> HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, parr. 3.

<sup>658</sup> Véase entre otros autores, Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 248. Barak-Erez, Daphne. “Israel: The security barrier-between international law, constitutional law, and domestic judicial review”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4, 2006, p. 540.

### A. El caso *Beit Sourik*

La decisión del TSI se basa en la demanda contra la orden de embargo en las tierras de propiedad privada palestina para construir el muro de seguridad. Los demandantes argumentaban que las órdenes de confiscación eran ilegales por eso debían ser anuladas o debía ser cambiada la ubicación de la construcción<sup>659</sup>.

El TSI concluye que la construcción del muro en tierras de propiedad privada era ilegal porque altera las fronteras de la Rivera Occidental y anexaba de *facto* territorio a Israel. Lo que afectaba los derechos fundamentales de los residentes en la región como: el derecho al trabajo, libertad de movimiento, el acceso a la educación y a los servicios religiosos<sup>660</sup>.

La petición se basaba en dos temas: si el comandante militar está autorizado para construir un muro en los TO y si la ruta de la construcción era legal. Primero, El TSI aceptó el argumento de los demandantes que el comandante militar no tenía autoridad para construir un muro si las intenciones eran de carácter político, con el objetivo de anexar territorios. Sin embargo, consideró que el objetivo principal en este caso fue el de proteger a la población civil de Israel<sup>661</sup>. Sin embargo, no hace mención a los asentamientos judíos construidos dentro del territorio palestino y el beneficio que la construcción trae para la población. Tampoco habla sobre su legalidad y las repercusiones dentro del conflicto con la población de palestina, como las amenazas contra la población judía a raíz de los asentamientos.

La decisión carece de análisis jurídico en este sentido porque no tiene en cuenta la incompatibilidad de los asentamientos judíos con el derecho internacional en Cisjordania y no explica tampoco en qué forma el muro puede

---

<sup>659</sup> Las tierras se encontraban ubicadas en: Beit Sourik, Bidu, El Kabiba, Katane, Beit A'anan, Beit Likia, Beit Ajaza y Beit Daku. De conformidad con el procedimiento todos los propietarios de las tierras recibieron compensación por la expropiación.

<sup>660</sup> HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, op. cit., parr. 60.

<sup>661</sup> *Ibidem*, párrs. 28, 45.

ser una respuesta proporcional a la amenaza que vive la población israelí<sup>662</sup>. Dispone que el equilibrio entre la seguridad y la libertad individual no es decidido por la autoridad militar en una ocupación beligerante, sino que se trata de un problema de la ley nacional como internacional que se encuentra dentro de los principios generales del derecho. Para poder lograr el equilibrio entre la autoridad del comandante y los intereses de la población local, aplicó el principio de proporcionalidad<sup>663</sup>.

En este caso, el TSI hace un equilibrio entre el interés público en la seguridad frente a los derechos de los residentes de los territorios afectados por la expropiación de las tierras. Toma como referencia el DIH y el derecho administrativo israelí<sup>664</sup> y como base de su análisis, el principio de proporcionalidad que sirve para restringir la autoridad del jefe militar dentro de los TO.

Determinó que la ventaja de seguridad lograda con la construcción del muro según la autoridad militar no era proporcional al perjuicio adicional que se causó en la población, por eso recomendó considerar rutas alternativas para evitar en lo posible el daño, aunque se redujera la seguridad<sup>665</sup>. La decisión también encuentra una violación de los derechos de los residentes a causa de la expropiación de tierras para la construcción del muro, que ocasionó daños a los árboles de olivos y propiedades a lo largo de la ruta del muro. A su vez, los problemas causados a los agricultores al separarlos de las tierras de cultivo.

---

<sup>662</sup> Shany, Yubal. "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases". *Israel Law Review*. Vol. 38, 2005, p. 245.

<sup>663</sup> HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, parr. 37. Véase, Barak-Erez, Daphne. "Israel: The security barrier-between international law, constitutional law, and domestic judicial review", op. cit., p. 543. Gail Gardam, Judith. "Proportionality and Force in International Law". *The American Journal International Law*. Vol. 87, 1993, p. 391. (este principio es fundamental en la ley sobre el uso de la fuerza y las leyes de un conflicto armado).

<sup>664</sup> En este caso el TSI no solo el DIH sino el derecho interno porque el principio de proporcionalidad se aplica a todos los actos de las autoridades de la administración en Israel y también aplica al uso de la autoridad del comandante militar. HCJ 2056/2004, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, op. cit., parr. 38.

<sup>665</sup> *Ibidem*, parr. 71. Shany, Yubal. "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases", op. cit., p. 237. (véase en este artículo las diferencias entre los dictámenes de la CIJ y el TSI sobre la construcción del muro).

Algo prohibido por la IV Convención de Ginebra salvo “cuando tales construcciones sean necesarias por las operaciones militares”<sup>666</sup>.

El TSI tuvo en cuenta las obligaciones del comandante militar según el derecho de ocupación beligerante para tomar posesión de tierras de propiedad privada, como respuesta legítima a la violencia contra la población israelí. De acuerdo con el DIH, concluye que la construcción del muro sería un obstáculo necesario como forma de responder a un combate que se desarrolla en respuesta al terrorismo<sup>667</sup>. Es importante destacar que en el caso de *Beit Sourik* el TSI no cuestiona la aplicabilidad de la IV Convención de Ginebra, ni tampoco presenta ambigüedad en su aplicación como lo hacía en otras decisiones, y le da un lugar menos relevante al derecho administrativo israelí, aunque esto en definitiva no determina el resultado de la sentencia<sup>668</sup>.

No parece muy acertado al caso en mención cuando cita los artículos de la IV Convención de Ginebra<sup>669</sup> y los Reglamentos de la Haya<sup>670</sup> porque estos no están relacionados con el ataque a la propiedad privada. Estas

---

<sup>666</sup> Contrario con el artículo 53 de la IV Convención de Ginebra, que prohíbe la destrucción de bienes muebles e inmuebles. La Opinión de la CIJ también coincidió que la construcción del muro violó las disposiciones de este artículo, pero no analizó si la prueba presentada contra la destrucción de los árboles de olivos y otras propiedades privadas cumplían con los requisitos dispuestos para ello. A su argumento añadió que no tenía plena certeza que las destrucciones eran absolutamente necesarias a las necesidades militares. Véase entre otros autores, Kretzmer, David. “The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law”. *The American Journal International Law*. Vol. 99, 2005, pp. 98-99. Esta medida afectó a un total de ocho ciudades. HCJ 2056/2004, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, op. cit., parr. 82.

<sup>667</sup> *Ibidem.*, p. 18. En este mismo sentido véase, HCJ 10356/02, *Yoav Hass v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., pp. 66-67. (en esta sentencia el TSI dispuso que es posible el daño a la propiedad privada, en defensa de otros derechos constitucionales de la población de los TO).

<sup>668</sup> HCJ 2056/2004, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, op. cit., parrs. 23-38-39.

<sup>669</sup> Artículo 53. “Any destruction by the Occupying Power of real or personal property belonging individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations”.

<sup>670</sup> Artículo 23 (g). “To destroy or seize the enemy’s property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war”.

Artículo 52. “Requisitions in kind and services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation. They shall be in proportion to the resources of the country, and of such a nature as not to involve the inhabitants in the obligation of taking part in military operations against their own country.

Such requisitions and services shall only be demanded on the authority of the commander in the locality occupied.

Contributions in kind shall as far as possible be paid for in cash; if not, a receipt shall be given and the payment of the amount due shall be made as soon as possible”.

disposiciones son aplicadas a las necesidades de la guerra, que permiten establecer si hay equilibrio entre la seguridad y las necesidades humanitarias. Además aplican a la respuesta a una situación hostil y el muro no parece ser una respuesta inmediata a un conflicto bélico<sup>671</sup>.

Esta argumentación toma como base la discreción que tiene el jefe militar dentro de los TO para expropiar tierras con el objetivo de construir un muro de seguridad, pero desconoce la distinción jurídica entre las necesidades del ejército ocupante, y las derivadas a causa de la guerra; centra su análisis en las necesidades militares. Lo que lleva a la conclusión que la medida tomada por las autoridades no fue temporal toda vez que la expropiación ocasionó indemnizaciones pero no la restitución de la propiedad; algo que fue aceptado por el TSI al no mencionar nada sobre la confiscación de tierras<sup>672</sup>.

El TSI no tuvo en cuenta las obligaciones del Estado de Israel suscrito a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la construcción y en la ruta de la ésta, aunque sí reconoce que a causa del muro el derecho a la libertad de movimiento se vio restringido. Sin embargo, en definitiva todo lo justifica por la necesidad militar de responder a las hostilidades contra la población israelí<sup>673</sup>. Señaló que esto generó daños desproporcionados a los residentes locales afectando la vida de la población<sup>674</sup>, porque el comandante militar no tuvo en cuenta el equilibrio entre la seguridad de la zona y el bienestar de la población residente afectada por la construcción, incumpliendo así con sus obligaciones humanitarias en la región<sup>675</sup>.

No obstante, este análisis que hace en relación con el muro solo da respuesta a los daños ocasionados a los afectados por la decisión militar de construir en propiedad privada, como medida ilegal y desproporcionada, pero

---

<sup>671</sup> Dennis, Michael J. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation". *The American Journal International Law*. Vol. 99, 2005, p. 121.

<sup>672</sup> Kretzmer, David. "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law", op. cit., p. 98. HCJ 2056/2004, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*. párr. 32

<sup>673</sup> *Ibidem*, párr. 23.

<sup>674</sup> *Ibidem*., párrs. 55, 61.

<sup>675</sup> *Ibidem*., párr. 77.

no dice nada sobre la población de los TO que también se ven afectadas por la construcción. Por otra parte, deja a discreción de la autoridad militar para que decida sobre el trazado de rutas alternativas.<sup>676</sup>

## **B. Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Muro construido en Territorio Palestino**

Días después de la decisión del TSI sobre la construcción del muro, la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) emitió un dictamen en relación con la construcción del muro en territorio ocupado palestino, donde dispuso que era contrario al derecho internacional<sup>677</sup>. Exhortó a que Israel suspendiera la construcción y demoliera de lo que ya había construido del muro, así como revocar todos los efectos legislativos y reglamentarios hasta esa fecha y reparar a las personas por los daños ocasionados en las explotaciones agrícolas destruidas<sup>678</sup>.

El dictamen tuvo en cuenta algunas cuestiones consideradas por el TSI en *Beit Sourik*, como fue la construcción del muro por necesidades militares. Aunque en este caso la CIJ consideró que las motivaciones fueron políticas y no militares porque la ruta del muro pasa por los asentamientos judíos en los TO y son contrarios con el derecho internacional<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> *Ibidem*, parr. 81.

<sup>677</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*. ICJ Reports 2004, parr. 20. Disponible en Web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=8ac6811457d65f3ff8b330c888e31ab8> [Consulta: 25 de julio de 2011]

<sup>678</sup> *Ibidem*., parrs. 145, 151.

<sup>679</sup> *Ibidem*., parrs. 120-121,137. Barak-Erez, Daphne. "Israel: The security barrier-between international law, constitutional law, and domestic judicial review", op. cit., p. 544. Véase el informe del Relator de Naciones Unidas Jhon Dugard ,que vio la construcción del muro como: "The erection of a security wall between Israel and OPT is widely portrayed as a security measure. Had the wall strictly followed the Green Line marking the 1967 borders between Israel and OPT, it might have been possible to confine the debate over the wall to the question whether a security wall of that kind would achieve its purpose. But when it is intended that the wall encroach deeply upon Palestinian territory, enclosing an estimated 7 per cent of Palestinian land, including fertile agricultural land, water resources and villages, it is difficult to resist the conclusion that it is a case of de facto annexation in which the security situation is employed as a pretext for territorial expansion". En, E/CN.4/2003/30, Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, 17 December 2002. Disponible en Web: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/7900b2bacd4290ca85256cbd0055c599?OpenDocument> [Consulta: 3 de mayo de 2011]. Donde se describe nuevamente la intención de anexión de

Pero la CIJ no explica los motivos por los cuáles considera que no existieron razones militares para la construcción del muro, sino que hace una descripción de los daños que ha causado e invoca las disposiciones del DIH y los instrumentos de derechos humanos, para concluir que Israel no cumple con estas obligaciones. Por tanto, no puede demostrar la defensa por exigencias militares<sup>680</sup>. En este sentido Burgenthal critica esta decisión:

“Lacking is an examination of the facts that might show why the alleged defenses of military exigencies, national security or public order are not applicable to the wall as a whole or to the individual segments of its route. The Court says that it “is not convinced” but it fails to demonstrate why it is not convinced, and that is why these conclusions are not convincing”<sup>681</sup>.

Los asentamientos constituyen una violación de la IV Convención de Ginebra<sup>682</sup> que prohíbe no solamente los traslados forzosos, sino cualquier medida tomada por la potencia ocupante que busque alterar la vida del territorio ocupado, como es la de fomentar el traslado de parte de su propia población dentro del territorio ocupado. Además de ser una medida que cambia la situación geográfica de la región y afecta la composición demográfica de los TO<sup>683</sup>.

La CIJ considera que los asentamientos en los TO incluyendo el Este de Jerusalén, constituyen una infracción del derecho internacional. Además la ruta

---

territorio palestino. En, *informe de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/2004/6, 8 September 2003. Disponible en Web:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/8976BE248C8E02AE85256DB1004DD7CC> [Consulta: 4-de mayo de 2011]. La doctrina del TSI coincide con la decisión de la CIJ donde argumenta que el muro no puede ser construido cuando hay motivos políticos, o para anexionar territorios al Estado de Israel. Véase, HCJ 8414/05, *Ahmed Issa Abdallah Yassin, V. The Government of Israel*, parr. (28). (en esta decisión, el TSI ordenó reconsiderar una ruta alternativa al muro para que redujera el daño a la población residente de Bil'in y pudieran seguir con sus cultivos). Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/05/140/084/n25/05084140.n25.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/140/084/n25/05084140.n25.pdf) [Consulta: 4 de mayo de 2011]

<sup>680</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, op. cit., parr. 41.

<sup>681</sup> *Ibidem.*, p. 244. Opinión Disidente del Juez Burgenthal. Disponible en Web: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1687.pdf> [Consulta: 4 de mayo de 2011]

<sup>682</sup> Artículo 49 (6) IV Convención de Ginebra. Kretzmer, David. “The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law”, op. cit., p. 91

<sup>683</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, op. cit., parr. 120.

del muro y la construcción de asentamientos crean un “hecho consumado” porque en un futuro Israel podría integrar los asentamientos lo que equivaldría a una anexión territorial; lo que condiciona las negociaciones entre Israel y Palestina<sup>684</sup>.

Dispuso que Israel cumpla con los derechos humanos, porque la protección no cesa en caso de conflicto armado y son aplicables a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio<sup>685</sup>. Declaró que el muro en general incumple con las obligaciones del DIH y los derechos humanos: la libertad de movimiento, derecho al trabajo, la salud, la educación y en términos generales a un nivel de vida adecuado<sup>686</sup>. En este sentido, la CIJ dispuso que aplicaba solo la sección III de los Reglamentos de la Haya en la Rivera Occidental en lo relacionado con la autoridad militar, pero que el artículo 23(g) no era pertinente, aunque no explica porque llega a esa conclusión<sup>687</sup>. Tampoco analiza la situación del conflicto armado dentro de un territorio ocupado y las obligaciones de la potencia ocupante de conformidad con el derecho de ocupación beligerante<sup>688</sup>.

En relación con el argumento del Estado sobre la legítima defensa, la CIJ rechazó este argumento que no cumple con lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, porque la amenaza no surge del ataque de otro Estado, sino que proviene de un territorio bajo su control. Y por tanto, no sería una necesidad<sup>689</sup>. Las autoridades de Israel ignoraron el dictamen de la CIJ e hicieron las modificaciones al muro de acuerdo con las disposiciones del TSI, teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad dispuestos por este.

---

<sup>684</sup> *Ibidem*, párr. 122-123.

<sup>685</sup> *Ibidem*, párr. 106, 111-112.

<sup>686</sup> *Ibidem*, párr. 133-134.

<sup>687</sup> *Ibidem*, párr. 89, 124.

<sup>688</sup> Orakhelashvili, Alexander. “Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction”. *Journal of Conflict & Security Law*. Vol. 11, nº 1, 2006, p. 123

<sup>689</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, op. cit., párrs. 142-143. Véase, Kretzmer, David. “The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law”, op. cit., p. 96. Scobbie, Iain. “Unchart (er) ed Waters? Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine”. *The European Journal International Law*. Vol. 16, nº 5, p. 943



### C. El caso *Mara'abe*

El TSI nuevamente se pronuncia con referencia a otra sección del muro que rodea la ciudad israelí de Alfei Menashe, dejando un camino que conecta con Israel. Dentro de la construcción quedan varios pueblos palestinos separados de Cisjordania, donde pueden acceder sólo a través de los puestos de control<sup>690</sup>. La decisión tiene en cuenta los principios expuestos previamente en *Beit Sourik* y acepta el análisis jurídico hecho en la Opinión Consultiva de la CIJ, sobre las consecuencias de la construcción del muro. Aunque ésta no es legalmente vinculante para Israel el TSI reconoce que la CIJ es un organismo importante de la Comunidad Internacional y como tal, otorgará importancia a la interpretación de las normas del derecho internacional desarrolladas en la Opinión Consultiva<sup>691</sup>.

En esta decisión acepta la opinión de la CIJ sobre el marco jurídico pertinente en relación con la situación de Gaza y Cisjordania, como áreas bajo ocupación beligerante y reconoce las mismas normas de derecho internacional público; incluye la IV Convención de Ginebra pero no dispone nada sobre su aplicación de *jure*. Aunque en esta ocasión reconoce que el derecho interno no aplica en estas áreas porque no han sido anexionadas por el Estado<sup>692</sup>.

Sin embargo, no es del todo excluyente el derecho interno porque en lo relacionado con los principios básicos del derecho administrativo israelí que rigen a los funcionarios públicos, lo considera relevante porque determina las normas de fondo y el procedimiento. Así como, la actuación razonable y las reglas de proporcionalidad<sup>693</sup>.

---

<sup>690</sup> Esta construcción protege alrededor de 5650 residentes israelíes. Ver, HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/04/570/079/A14/04079570.a14.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/04/570/079/A14/04079570.a14.pdf) [Consulta: 4 de mayo de 2011]. Para ver el análisis de la sentencia, Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., 255.

<sup>691</sup> HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister*, op. cit., parr. 74.

<sup>692</sup> Véase en este sentido, HCJ 10356/02, *Hass v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., p. 64.

<sup>693</sup> HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister*, op. cit., parr. 14.

Sobre los asentamientos el TSI sostuvo que su legalidad no afecta el deber del jefe militar de garantizar la protección de: la vida, la dignidad, el honor y la libertad de las personas que están bajo el área de ocupación beligerante de conformidad con la ley. Evita entrar en cualquier debate que gire en torno a la legalidad y proporcionalidad de los asentamientos y la construcción del muro como respuesta para proteger a las personas que viven en construcciones ilegales<sup>694</sup>. Sin embargo, en *Elon More* se ocupa de la legalidad de un asentamiento judío en los TO<sup>695</sup>. En esta decisión resuelve que el asentamiento era ilegal porque no constituía un propósito militar y tampoco proporcional a los hechos; el asentamiento finalmente fue desmantelado<sup>696</sup>.

Aunque en su análisis no tiene en cuenta el artículo 49(6) de la IV Convención de Ginebra, porque considera que es parte de la provisión de un tratado y no de la costumbre internacional<sup>697</sup>. También dispuso que era un error la decisión de intentar establecer un asentamiento permanente incluso más allá de la duración del gobierno militar en los TO, porque el Estado invocando las necesidades militares no está amparado legalmente para estos cambios definitivos<sup>698</sup>.

---

<sup>694</sup> *Ibidem*, parr. 20. Véase, Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 257.

<sup>695</sup> Los asentamientos han sido catalogados en varias ocasiones como un conflicto de carácter político dentro de los grupos de derecha e izquierda en Israel. Cuando llegó el Partido del Likud al gobierno en 1977 estaba ideológica y políticamente comprometido a permitir y promover los asentamientos judíos. Éstos no eran construidos por estrategias de seguridad sino que tenían un objetivo expansionista. Ahora bien, dentro de la población israelí hay posiciones a favor y en contra. Unos creen que esto obstaculiza cualquier proceso de paz a futuro porque el pueblo palestino siente que su propiedad y seguridad son amenazados, lo que genera constantes tensiones entre los dos pueblos. Por otro lado, están los judíos nacionalistas que consideran una buena oportunidad para tener en el futuro herramientas de negociación que permitan tener el poder. Así como también los *datiim* (judíos religiosos) que consideran que siempre estuvieron presentes en *Eretz Israel* (tierra de Israel) y por tanto, tienen derecho a establecerse donde ellos decidan. Véase, Kretzmer, David. *The Occupation of Justice: the Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, op. cit., pp.76-77.

<sup>696</sup> Véase, HCJ 390/79, *Dweikat et al. Government of Israel e t. al.* La traducción en inglés se puede consultar en Shamgar, Meir. "Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980, The Legal Aspects". En, Shamgar, Meir (ed.). *Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage*, op. cit., p. 404. Sobre la necesidad militar ver, Gross, Oren; Aolain, Fionnuala. "Emergency, War and International Law-Another Perspective", op. cit., pp.31-32.

<sup>697</sup> HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister*, op. cit., p. 9. Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 242.

<sup>698</sup> *Ibidem*, pp. 244-245.

El TSI llega a dos conclusiones: primero, que es una obligación del comandante militar garantizar el orden y la seguridad en el territorio ocupado, que no limita la protección de todas las personas que están en el área, por esto tiene autoridad para la construcción del muro<sup>699</sup>; segundo, las personas que viven en los asentamientos judíos son israelíes y el Estado tiene la obligación de defender su bienestar y seguridad. En este caso hace una aplicación del derecho constitucional israelí, donde la protección de los derechos fundamentales reflejados en las Leyes Básicas también aplican a quienes viven en el área de ocupación beligerante; siendo una competencia personal derivada del control de Estado de Israel sobre la región donde habitan<sup>700</sup>.

## **II. Los asesinatos selectivos y las operaciones militares: los argumentos de legítima defensa y la proporcionalidad en las acciones antiterroristas**

### **A. Necesidad militar**

Dentro de los diferentes conflictos internacionales se hace uso del concepto de necesidad militar y se determina las circunstancias en las cuales el uso de la fuerza puede ser usado legalmente por el Estado contra los enemigos y la extensión del uso de la fuerza<sup>701</sup>. Esta doctrina implica una justificación de los Estados en la invocación de un derecho de necesidad para realizar actos ilegales, que ignoran todo o una parte de las obligaciones internacionales<sup>702</sup>

---

<sup>699</sup> HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister*, op. cit., párr. 16.

<sup>700</sup> *Ibidem.*, párr. 21.

<sup>701</sup> Esto es admitido por la Carta de las Naciones Unidas en el artículo 51, en determinadas circunstancias por el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado. No obstante, tiene que estar presente el principio de urgencia, de respuesta inmediata a un ataque. Ver el informe presentado por: Amnistía Internacional. *Israel y los Territorios Ocupados. Bajo los escombros: demolición de viviendas y destrucción de tierras y bienes*. 18 de mayo de 2004. Disponible en Web: <https://www.es.amnesty.org> [Consulta: 15 de abril de 07] Véase entre otros autores, Watkin, Kenneth. "Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict". *The American Journal International Law*. Vol. 98, 2004, p. 18. Kretzmer, David. "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?" *The European Journal International Law*. Vol. 16, nº 2, p. 171. Nolte, Georg. "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order". *Theoretical Inquire Law*. Vol. 5, 2004, p. 111.

<sup>702</sup> En este sentido, las FDI encargadas de la seguridad dentro de los TO han manifestado que tienen la libertad para tomar decisiones de carácter militar en la región, que permitan mantener

derivadas de los tratados; cuando esa situación de emergencia pasa es necesario que todo vuelva a la normalidad<sup>703</sup>. El derecho internacional dispone que el Estado pueda recurrir al uso de la fuerza cuando no tenga otra alternativa al incumplimiento de sus obligaciones, con el fin de proteger sus “intereses esenciales”<sup>704</sup>.

El Estado de Israel inició la práctica conocida como “asesinatos selectivos” o también llamada por el gobierno como “ataque preventivo” contra miembros de organizaciones terroristas como respuesta a los ataques suicidas, que se han cobrado la vida de civiles palestinos e israelíes presentes en el momento de los ataques<sup>705</sup>. Esta acción fue convertida en una política de gobierno que planteó diferentes preguntas acerca de su legitimidad: si es legal el régimen que emplea el gobierno; se refiere a un ataque dentro del contexto de paz o de un conflicto armado de carácter internacional<sup>706</sup>; si existe la categoría de combatiente ilegal.

La jurisprudencia sobre los asesinatos selectivos acepta esta práctica en algunas ocasiones pero con restricciones, porque de acuerdo con la costumbre internacional no se puede decir que es absolutamente prohibida, como tampoco

---

la seguridad dentro de la misma. Por tal motivo, si en algunos casos no se cumple el DIH” es por causa de la necesidad militar de responder a los ataques que se presentan en la región. El TSI manifestó que aunque es cierto que Israel se enfrenta a un grave problema de terrorismo, y por lo tanto, tiene el derecho de legítima defensa de los ataques que se efectúan contra la población, no se puede decir que el combate surge en medio de un vacío normativo. Éste se desarrolla en medio del derecho internacional, que proporciona principios y reglas para la actividad en un combate, y por lo tanto se deben cumplir. Ver en este sentido: HCJ 3451/2002, *Almendi v. The Minister of Defense*, párr. 8. Disponible en Web:

[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/510/034/a06/02034510.a06.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/510/034/a06/02034510.a06.pdf) [Consulta: 26 de julio de 2011]

<sup>703</sup> Boed, Roman. “State of Necessity as a Justification for Internationally wrong Conduct”. *Yale Human Rights and Development Law Journal*. Vol. 3, nº 1, 2000, pp.5, 8.

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>705</sup> Véase las estadísticas de las víctimas. Disponible en Web:

<http://www.btselem.org/english/statistics/casualties.asp> [Consulta: 10 de mayo de 2011]. Lubell, Noam. “Still waiting for the goods to arrive. The delivery of human rights to the Israeli-Palestinian conflict”. En, Gilbert, Geoff; Hampson, Françoise; Sandoval, Clara. *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*. New York, Routledge, 2011. p. 206.

<sup>706</sup> Even-Khen, Hilly Moodrick. ‘Can We Now Tell What “Direct Participation in Hostilities” Is?’ *Israel Law Review*. Vol. 40, 2007, p. 214.

siempre permitida. El uso de la fuerza letal será la última opción utilizada por la autoridades, y debe ser necesaria y proporcional<sup>707</sup>.

En su lucha contra el terrorismo el Estado de Israel justifica los asesinatos selectivos como necesarios para evitar atentados futuros, pero esto carece de un elemento esencial para justificar el estado de necesidad: “inminente peligro”<sup>708</sup>. Esta sería una excepción para justificar la inobservancia de las obligaciones internacionales y justificar sus acciones<sup>709</sup>. En este sentido el TSI dijo:

“When the cannons roar, the muses are silent. But ever under, the roar of the cannons, the Military Commander must uphold the law. The strength of society in withstanding its enemies is based on its recognition that it is fighting for values that are worth defending. The rule of law is one of these values”<sup>710</sup>.

A pesar que el TSI reconoce la necesidad de responder a los ataques contra la población israelí como un derecho que tiene el Estado, la acción será evaluada de acuerdo con las reglas del derecho internacional y los principios de la actividad en un combate. El uso de la fuerza empleado por las autoridades militares es justificado sólo en condiciones limitadas. Las acciones deben ser conducidas conforme a las normas internacionales que no responden solo a una realidad política y normativa, sino que establecen la diferencia entre un Estado democrático que lucha por la vida de su población y por otro lado, la agresión de los terroristas que luchan contra éste<sup>711</sup>.

En este sentido, la diferencia es que los fundamentalistas van en contra de la ley y lo único que quieren es imponer su doctrina por medio de la

---

<sup>707</sup> *Ibidem.*, p.. 209. HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, p. 460.

<sup>708</sup> Boed, Roman. “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrong Conduct”, op. cit., p. 16.

<sup>709</sup> Ver, Raymond, Gregory A. “Military of necessity and the Ward against Global Terrorism”. En, Hensel, Howard M. *The Law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*. Burlington, Ashgate Publishing 2005, p.4.

<sup>710</sup> HCJ 3451/02, *Almadi v. The Minister of Defense*, op. cit., párr. 9.

<sup>711</sup> *Ibidem.*, Ver, Kretzmer, David. “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?” op. cit., p. 176.

fuerza<sup>712</sup>, a diferencia del Estado que defiende a su población sin necesidad de imponer el terror.

En palabras de Todorov:

[...] Los fundamentalistas creen en los valores absolutos y por lo tanto rechazan el relativismo vigente, las críticas a la democracia de los multiculturalistas o a la jerga de la «corrección política». Sin embargo, como no son conservadores, quieren implantar su ideal en todo el mundo recurriendo a la fuerza<sup>713</sup>.

De acuerdo con el TSI el conflicto entre israelíes y las organizaciones terroristas de Gaza y Cisjordania es de carácter internacional, que surge a partir de la Segunda Intifada, donde se aplican las reglas de un conflicto armado internacional y los principios del derecho israelí<sup>714</sup>. El derecho internacional sin embargo no dispone cuáles principios aplican en un conflicto armado entre un Estado y una organización terrorista<sup>715</sup>.

El TSI establece que la guerra contra el terror es válida, es el reflejo de la normativa internacional y por lo tanto, el Estado tiene la legitimidad de responder frente a los ataques. Pero establece que se rige dentro de los valores democráticos, aunque está inmerso en una dicotomía al no poder conjugar siempre el respeto por los derechos humanos y los intereses nacionales<sup>716</sup>.

Esta práctica justificada como una defensa del Estado contra los civiles que toman parte directa en las hostilidades de forma ocasional y en el

---

<sup>712</sup> Los fundamentalistas reivindican un bien absoluto el cual quieren que sea impuesto de manera general. No les interesa cuales medios tengan que usar, lo más importante para ellos es la homogeneización de todas las personas, porque si no es así, éstos estarán contra ellos.

<sup>713</sup> Todorov, Tzevan, *El nuevo desorden mundial*, Barcelona: Península/ Atalaya, 2003, p.37.

<sup>714</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párrs. 16-18, 20. Normas que aplican en un conflicto internacional: IV Convenio de Ginebra de 1949; Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 (protocolo I)

<sup>715</sup> El artículo 1.1, del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra (protocolo II) deja la posibilidad de que haya un conflicto entre las fuerzas armadas de un Estado y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados. Ver, Dinstein, Yoram. *War Agression and Self-Defense*. Cambridge, Cambridge University Press, 4th edition, 2005, pp. 204-205.

<sup>716</sup> HCJ 3451/02, *Almadi v. The Minister of Defense*, op. cit., párrs. 10-11.

momento de los ataques no son protegidos, es contraria con las disposiciones de los convenios internacionales sobre derechos civiles y políticos, que protegen el Derecho a la Vida. Disponen que este derecho no pueda ser objeto de excepciones en caso de emergencia, aunque ninguno garantiza su protección absoluta<sup>717</sup>. Un Estado ocupante puede encontrarse en una situación de necesidad por estar inmerso en un conflicto que genera amenazas y lesiones a la población, y su respuesta puede generar daños colaterales. No obstante, no puede desconocer la importancia de cumplir con las normas, leyes internacionales, y las reglas de la costumbre internacional de la guerra. A menos que una norma en particular no se cumpla por una clara necesidad militar<sup>718</sup>.

La medida de legítima-defensa se toma sólo cuando es necesario responder a un ataque armado y debe ser de manera proporcional a la amenaza. El principio de la necesidad<sup>719</sup> significa que no hay otros medios pacíficos que se puedan tomar al respecto y el uso de la fuerza debe ser una medida de último recurso. De tal manera que el principio de proporcionalidad debe ir unido a la doctrina de legítima-defensa en el derecho internacional<sup>720</sup>. Para Enker, el derecho de Israel no ha tenido un desarrollo de manera teórica y profunda que puede definir claramente la diferencia que se presenta entre la necesidad y el derecho de legítima defensa. No hay una distinción entre la necesidad y la explicación de la necesidad<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> Ver, Artículo 6 PIDCP. Este derecho es inherente al ser humano y no depende de las disposiciones de una sociedad en particular. Artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos, 1969. Artículo 4, Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 1986. Como es el caso del Convenio Europeo de los Derechos Humanos que considera que no hay infracción cuando de este derecho “cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza”.

<sup>718</sup> Véase Enker, Arnold. Duress. “Self-Defense and Necessity in Israeli Law”. *Israel Law Rev.* Vol. 30, 1996, pp. 189-191.

<sup>719</sup> HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, op. cit., párr. 34

<sup>720</sup> Otto, Roland. ‘Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces’ “Early warning Procedure” and international humanitarian law’, op. cit., pp. 785-786.

<sup>721</sup> Arnol Eker. Duress, Self-Defense and Necessity in Israeli Law”, op. cit., pp. 199-201.

## **B. Aplicación del Principio de Proporcionalidad en los asesinatos selectivos**

En este punto, entra a jugar un papel importante el principio de proporcionalidad<sup>722</sup> que debe ser satisfecho en el caso de los sospechosos de terrorismo que son objetivos de ataques. El uso de la fuerza no debe ser excesivo en relación con la ventaja militar. Se considera un ataque indiscriminado cuando se puede prever que causará daño, lesiones a los civiles<sup>723</sup>; por esto es necesario que en todo momento prevalezca la obligación de proteger la población civil que no hace parte de las hostilidades<sup>724</sup>.

La finalidad del principio subyacente de proporcionalidad es establecer el equilibrio entre dos intereses divergentes, uno establecido por consideraciones de necesidad militar y el otro por situaciones humanitarias, cuando los derechos o las prohibiciones no son absolutos. De manera que los castigos pueden aplicarse solo cuando existe de verdad una falta y no como una medida de disuasión<sup>725</sup>.

Este principio es una parte substancial del derecho internacional consuetudinario e importante en la protección de los civiles en situaciones de conflicto armado. El principio de la proporcionalidad se presenta cuando la operación militar se dirige hacia combatientes y objetivos militares, y en este ataque hay víctimas civiles causadas por daños colaterales<sup>726</sup>.

Según el TSI es fundamental:

[...] The duty to honor the lives of innocent civilians is thus the point of departure. Stemming from it is the requirement that collateral damage to civilians not be exaggerated, and that it is proportional to the benefit

---

<sup>722</sup> Ver Cassese, A. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp.417-420.

<sup>723</sup> Kretzmer, David. "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?" op. cit., pp. 177, 200.

<sup>724</sup> Nolte, Georg. "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order", op. cit., pp. 120-121.

<sup>725</sup> *Ibidem.*, p. 128. HCJ 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., p. 21.

<sup>726</sup> Ver, HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*. op. cit., parr.42.



which will result from the operation. This values based attitude produces restrictions on the attack upon the unlawful combatants<sup>727</sup>.

En el principio de proporcionalidad se tiene en cuenta que los daños ocasionados a la población civil a causa de los asesinatos selectivos sean proporcionales en “amplio sentido” y que exista una correlación adecuada entre el objetivo militar y los daños civiles. De tal manera que si hubo víctimas civiles que no tomaron parte directa en el combate, fue una causa inevitable y no conocida o incluso en el caso que se hubiera podido prever, la necesidad del ataque fue mayor y justificaba el riesgo<sup>728</sup>.

Los combatientes o terroristas no pueden ser objeto de ataques en el caso donde los daños a los civiles inocentes sea excesivo, en relación con la ventaja militar del ataque. Aunque el TSI manifiesta que el principio de la proporcionalidad es fácil de expresar pero difícil de llevar a cabo y por eso es necesario hacer un análisis individual de cada caso porque es diferente el resultado en cada situación. Tiene en cuenta que hay casos difíciles que requieren un examen especial donde la ventaja militar debe ser concreta y directa, no obstante, no explica el significado de esta afirmación<sup>729</sup>. Por eso establece la necesidad de considerar los valores y las cualidades a las cuales responde el Estado de Israel, tanto a nivel nacional como internacional. La actuación a nivel militar es responsabilidad del ejecutivo y el TSI solo tendrá competencia para determinar si el comandante militar actuó en cumplimiento del DIH dentro de los TPO<sup>730</sup>.

### **C. Los Civiles y su participación en las hostilidades**

El análisis debe partir de la premisa que Gaza y Cisjordania son territorios ocupados y por tanto, la población civil que se encuentra dentro de ellos está protegida por el derecho de ocupación beligerante. A partir de los acuerdos de

---

<sup>727</sup> *Ibidem*, Opinión vice-presidente E. Rivlin, párr.5.

<sup>728</sup> *Ibidem*, párrs. 43-44. Ver Cassese, A. *International Law*, op. cit., pp.416-417.

<sup>729</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párr.

46.

<sup>730</sup> *Ibidem*, párr. 6.

Oslo y los acuerdos entre Israel y Palestina, surgieron algunos cambios dentro del territorio que sin embargo, no eximen a Israel de las responsabilidades derivadas de su intervención militar en el territorio<sup>731</sup>.

La doctrina del TSI define la situación de las personas que participan directamente en las hostilidades para determinar los casos en los cuáles pueden ser un objetivo legítimo y las situaciones en las que los asesinatos selectivos están autorizados<sup>732</sup>. Donde los civiles en el momento del combate que tomen parte directa en las hostilidades no serán protegidos en el momento de la intervención<sup>733</sup>.

Las personas que forman parte del conflicto ocasionalmente, deben ser detenidas y juzgadas conforme a las normas estipuladas para la población bajo ocupación<sup>734</sup>. El TSI define tres categorías de civiles: ‘toma parte en las hostilidades’<sup>735</sup>, ‘toma parte directa’<sup>736</sup> ‘la duración en el tiempo que el civil puede tomar parte’<sup>737</sup>. Estas clases son el resultado del análisis que hace de cada una de los casos presentados ante el TSI, aunque reconoce que de acuerdo con la costumbre internacional no hay una definición clara<sup>738</sup>.

El TSI sostiene que la política de los asesinatos selectivos puede ser usada de manera eventual, como un medio militar utilizado conforme a las reglas del régimen del conflicto armado. No obstante, esto no aplica dentro de los TO porque la potencia ocupante está en la obligación de proteger la vida de

---

<sup>731</sup> Kretzmer, David. “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?” op. cit., p.206.

<sup>732</sup> Dörmann, Knut. “The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”. *RICR*. Vol. 85, nº 849, 2003, p. 45.

<sup>733</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., p. 488.

<sup>734</sup> Artículos. 79-86 del IV Convenio de Ginebra.

<sup>735</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párr. 33.

<sup>736</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>737</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>738</sup> *Ibidem*, párrs. 35,39. El TSI ha denominado estos casos como “difíciles” donde es necesario hacer un análisis por separado. Como por ejemplo la situación de un civil que toma parte directa en las hostilidades en una ocasión o de manera esporádica, pero después no vuelve hacer parte de estas actividades, según la doctrina del TSI no puede ser atacado.

la población, y no le está permitido recurrir a su posición dominante contra la población civil, excepto en situaciones de legítima defensa<sup>739</sup>.

En las normas de DIH es difícil establecer de manera clara cómo se lleva a cabo la conducción de hostilidades porque son disposiciones amplias y ambiguas en relación con los combatientes. Hay problemas por ejemplo para establecer las precauciones que deben seguir las fuerzas militares antes de lanzar el ataque con el fin de evitar daños a los civiles, y cómo establecer si los actos fueron o no proporcionales<sup>740</sup>. Por eso es necesario tener en cuenta la protección de las personas civiles como un principio fundamental del derecho humanitario que aplica en situaciones de ocupación beligerante<sup>741</sup>, donde las personas que no participan en las hostilidades bajo ningún motivo podrán ser objeto de ataque<sup>742</sup>.

La doctrina del TSI dispone que para llevar a cabo los asesinatos selectivos es necesario que existan unas limitaciones a esta medida, donde se utilice los medios que presenten menos peligro para la vida de los civiles<sup>743</sup>; el Estado debe hacer una distinción entre los civiles y los individuos que representan la amenaza<sup>744</sup>. En otras palabras, se relacionan con el nivel de precaución requerido en relación con la identificación del objetivo militar; esto se debe a la necesidad de proteger y respetar la vida de los civiles inocentes, restringiendo al máximo las actividades llevadas a cabo en la zona.

El principio de protección civil es también llamado el de “inmunidad del no combatiente”, o principio de distinción entre “combatientes y no

---

<sup>739</sup> Even-Khen, Hilly Moodrick. ‘Can We Now Tell What “Direct Participation in Hostilities” Is?’, op. cit., 225-226.

<sup>740</sup> Cassese, Antonio. “On Some Merits of the Israeli Judgment on the Targeted Killings”. *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5, 2007, p. 341.

<sup>741</sup> HCJ 3799/02, *Adala v. Central Commander IDF*, párr. 23.

<sup>742</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párr. 26.

<sup>743</sup> El TSI no determinó cuáles podrían ser los medios alternativos al uso de la fuerza para detener las amenazas de los grupos terroristas.

<sup>744</sup> Kretzmer David. “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?” op. cit., p. 181.

combatientes”<sup>745</sup>. El TSI considera que los terroristas y sus organizaciones no están incluidos dentro de la categoría de combatientes sino que los denomina “combatientes ilegales” porque no pertenecen a las fuerzas armadas, ni tampoco tienen una situación similar a la de los combatientes según el derecho consuetudinario<sup>746</sup>.

Aunque por otra parte, acepta que no es posible reconocer un tercera categoría de acuerdo con los Reglamentos de la Haya y la IV Convención de Ginebra, pero como la realidad ha cambiado es necesario una “dinámica interpretación” de la situación, donde los civiles también pueden ser combatientes ilegales. Es decir, es un reconocimiento de *facto* <sup>747</sup> en que la protección a las personas bajo esta categoría es más limitada. Por ejemplo, si son denominados combatientes pueden ser objeto legítimo de ataques durante el tiempo que pertenezcan a una organización; como civiles que toman parte directa dentro de las hostilidades no gozan de la protección, ni de los derechos y la protección de un combatiente en el momento del enfrentamiento<sup>748</sup>.

Según Rivlin, se puede denominar a las personas que participan directamente en las hostilidades como “combatientes ilegales” los cuáles no gozan de protección contra los ataques militares, porque la realidad ha creado de *facto* un grupo adicional que está sujeto a una ley especial<sup>749</sup>.

En contraposición, Barak propone una interpretación más dinámica a la dispuesta por las leyes de ocupación beligerante, y sugiere que se refiera a los terroristas como civiles. Rivlin argumenta que quienes incumplen la normativa internacional deberían llamarse “civiles incivilizados” y estar sujetos a unas leyes especiales<sup>750</sup>. Sobre esto el TSI dijo:

---

<sup>745</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párrs. 7.A, y 41

<sup>746</sup> *Ibidem*, párr. 25.

<sup>747</sup> *Ibidem*., párr. 28.

<sup>748</sup> Even-Khen, Hilly Moodrick. ‘Can We Now Tell What “Direct Participation in Hostilities” Is?’, op. cit., p. 229. Escudero Alday, Rafael. (ed.). *Segregados y reclusos: los palestinos y las amenazas a su seguridad*, op. cit., pp. 37-39.

<sup>749</sup> Véase, HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, la opinión del magistrado E. Rivlin, p.521.

<sup>750</sup> *Ibidem*, p. 523.

[...] The result is that an unlawful combatant is not a combatant, rather a "civilian". However, he is a civilian who is not protected from attack as long as he is taking a direct part in the hostilities. Indeed, a person's status as unlawful combatant is not merely an issue of the internal state penal law. It is an issue for international law dealing with armed conflicts (see Jinks)<sup>751</sup>.

Para el TSI los civiles son personas que no son combatientes<sup>752</sup> pero si un civil toma parte directa en las hostilidades no disfruta de la protección otorgada al civil que no está dentro del combate<sup>753</sup>-aunque no por esto se puede negar el Derecho a la Vida y el respeto por la misma. En el caso de los asesinatos selectivos, establece que es necesario examinar lo que ha denominado las "zonas grises" donde el derecho consuetudinario no se ha pronunciado y analiza cuatro situaciones:

Primero, es necesario contar con información confiable antes de clasificar a una persona como parte de una organización terrorista; segundo, el asesinato selectivo no debe ser autorizado a menos que un medio menos nocivo no pueda ser empleado; tercero, después del ataque es necesario realizar una investigación para comprobar si la identidad del objetivo era correcta y verificar las circunstancias del ataque; cuarto, si el ataque no es sólo contra los civiles que toman parte en las hostilidades sino también contra civiles inocentes que están en el lugar del combate, este debe cumplir con el principio de proporcionalidad<sup>754</sup>.

De manera que solamente cuando hay una evidencia que el sospechoso de terrorismo planea un atentado contra la población y no hay forma de prevenir los ataques o detenerlo, el ataque contra éste no se considera

---

<sup>751</sup> *Ibidem*, párrs. 5.C y 26.

<sup>752</sup> Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales. Art. 51 (2). "No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil".

<sup>753</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párr. 26.

<sup>754</sup> *Ibidem*, párr. 40.

necesariamente como un caso de privación arbitraria de la vida, porque existe la necesidad de utilizar la fuerza<sup>755</sup>.

El TSI discutió sobre la legitimidad de los asesinatos selectivos y las excepciones que pueden justificar y la revisión judicial a la decisión del comandante militar de llevar a cabo los “ataques preventivos” que causan la muerte de terroristas, como la muerte de los civiles inocentes, pero no dice nada respecto a la legitimidad de estos actos dentro del derecho internacional<sup>756</sup>.

Sin embargo, la dignidad humana es un principio que se aplica a cada persona, incluso durante el desarrollo de un combate o conflicto y no depende de la reciprocidad que se pueda presentar. Si es posible detener a un terrorista que hace parte de las hostilidades, debe ser llevado a juicio y dejará de ser un objetivo. Esto debe ser siempre considerado previamente a un ataque militar<sup>757</sup>. En este sentido el TSI sostuvo “*The right to life and bodily integrity is the basic right standing at the center of the humanitarian law intended to protect the local population*”<sup>758</sup>.

Al tener en cuenta el daño que se puede causar a la población en un ataque armado supone un conflicto en el momento de la práctica, y es el de llevar a cabo todos estos actos sin poner en peligro la vida de los civiles y la de los militares que intervienen en la defensa de éstos. El TSI dijo que ocasionalmente esa posibilidad no es totalmente práctica, y pone a los soldados en un riesgo demasiado alto<sup>759</sup>.

Las FDI están en la obligación de respetar el principio de proporcionalidad en cualquier respuesta a los ataques terroristas contra la población y sólo las personas que tomen parte directa en las hostilidades pueden ser objeto de

---

<sup>755</sup> Kretzmer David. “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?”, op. cit., p. 182.

<sup>756</sup> Véase, Even-Khen, Hilly Moodrick. ‘Can We Now Tell What “Direct Participation in Hostilities” Is?’, op. cit., p. 230. HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párrs. 54-56.

<sup>757</sup> *Ibidem.*, Opinion Vice-president E. Rivlin, p. 526.

<sup>758</sup> *Ibidem*, numeral 6.A. (29).

<sup>759</sup> *Ibidem*, párr. 5.

ataques cuando así sea necesario y no existan otros medios para detener las actividades terroristas<sup>760</sup>. El Estado debe disponer de los mecanismos para escuchar las quejas sobre el uso desproporcionado de la fuerza e investigar estos hechos<sup>761</sup>.

Dentro del análisis que hace el TSI sobre los asesinatos selectivos no analiza los tratados internacionales aplicables a la práctica del Estado, como tampoco explica las consideraciones de fondo que lo llevan a esa conclusión. Su análisis está enfocado en los daños colaterales que pueden ocasionar y las circunstancias en las cuáles son justificados.

La sentencia explica algunos casos hipotéticos que se pueden presentar en el caso de la lucha contra el terrorismo, donde muestra los deberes y obligaciones de las autoridades militares en el momento de llevar a cabo los asesinatos selectivos. Sin embargo, no establece un criterio claro que sirva de guía a las autoridades militares en el momento de los asesinatos selectivos, sino que recurre al análisis de cada caso para determinar la participación en las hostilidades<sup>762</sup>.

### **III. Deportaciones y asignación de residencia**

El Estado de Israel favorece la aplicación de determinadas acciones que son aceptadas dentro del derecho internacional e israelí<sup>763</sup>, como es el caso de

---

<sup>760</sup> En este sentido hubo denuncias de violación del derecho internacional por los disparos contra el personal médico que trabaja en la Cruz Roja y la Media Luna Roja, por parte de las FDI. La respuesta del Estado fue que en muchos casos se comprobó que en las ambulancias transportaron explosivos y en los hospitales se ayudó a los terroristas. El TSI dispuso que esto no exime a las FDI para que cumplan con las Leyes Humanitarias, no solo porque están obligados por el derecho internacional sino por razones morales. En el caso del abuso del personal médico dispuso que el ejército israelí tenía que actuar para impedir esas actividades. Véase, HCJ 2393/2002, *Physicians for Human Rights v. The Commander of the IDF Forces in the West Bank*, p.3

<sup>761</sup> En este sentido, véase el informe del Comité de Derechos Humanos donde expresa su preocupación por las "ejecuciones selectivas" porque podrían ser usados como elemento de disuasión o castigo. CCPR/CO/78/ISR, 21 de agosto de 2003, p. 15.

<sup>762</sup> HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*, op. cit., párr. 40.

<sup>763</sup> Las deportaciones en Israel están basadas en los Reglamentos de Emergencia de 1945. HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of I.D.F forces in the West Bank*, p. 8.

la deportación de personas sospechosas de hacer parte de los grupos que atentan contra la seguridad del Estado; dentro de las cuales se encontraban personas protegidas. En muchos casos las personas no tienen la oportunidad de interponer un recurso de apelación. Esto está respaldado en la jurisprudencia del TSI en situaciones de emergencia<sup>764</sup>, contrario con las disposiciones del DIH y que constituye una infracción grave<sup>765</sup>.

Para dar respuesta al caso de las deportaciones, el TSI interpreta las leyes que rigen dentro del sistema legal israelí. La doctrina se basa en que la IV Convención de Ginebra tiene como propósito la protección de la población civil de las deportaciones masivas, pero de ninguna manera restringe la obligación de la potencia ocupante para preservar el orden público dentro del territorio ocupado, ni el derecho que tiene a emplear los medios necesarios para garantizar su propia seguridad<sup>766</sup>.

En este caso, el TSI decide limitar la aplicación del artículo 49 de la IV Convención de Ginebra a las deportaciones en masa por la fuerza al estilo Nazi, que buscaban someterlos a trabajos forzados y otras situaciones ilegales, en contraposición a las deportaciones individuales que tienen por objetivo eliminar el peligro que representan para el bienestar público. El TSI concluye que la expulsión de personas muy peligrosas no constituye una violación del artículo 49<sup>767</sup>. Sin embargo, esta prohibición estaba designada para asegurar que en un futuro no se hiciera la deportación de personas protegidas de los territorios bajo ocupación, al ser un acto ilegal<sup>768</sup>.

---

Véase, B'Tselem. *Deportations of Palestinians from the Occupied Territories and the Mass Deportation of December 1992*. Jerusalem, June 1993, p. 21

<sup>764</sup> Véase las siguientes sentencias, HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of I.D.F forces in the West Bank*. HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defense*, p. 4

<sup>765</sup> Ver los siguientes artículos que hablan sobre infracciones graves: Artículo 49. Deportaciones, traslados, Evacuaciones, Artículo 33; Artículo 147. Infracciones Graves, IV Convención de Ginebra. En este sentido ver, Lapidoth, Ruth. "The Expulsion of Civilians from Areas which came under Israeli Control in 1967: Some Legal Issue". *The European Journal International Law*. Vol. 2, 1990, p. 97.

<sup>766</sup> HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of I.D.F forces in the West Bank*, op. cit., p. 18.

<sup>767</sup> *Ibidem*, pp. 19-20. Lapidoth, Ruth. "The Expulsion of Civilians from Areas which came under Israeli Control in 1967: Some Legal Issue", op. cit., pp. 106-107.

<sup>768</sup> Dinstein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 164.



Otra medida tomada por las FDI para los que constituyen una amenaza a la seguridad, es la asignación de residencia<sup>769</sup>. El Estado de Israel toma esta disposición contra personas o familiares de terroristas suicidas. En este sentido, en el caso *Ajuri* sostuvo que esa sanción no puede ser usada contra el miembro de una familia de un terrorista suicida, con el único motivo de disuasión.

El TSI consideró que el comandante militar no tiene autoridad para autorizar el traslado de personas protegidas, porque esto está prohibido bajo el derecho internacional, dispuesto en el artículo 78 de la IV Convención de Ginebra<sup>770</sup>. El gobierno militar puede recurrir a la asignación de residencia cuando hay razones imperiosas de seguridad. De manera que la única forma para que una persona pueda ser restringida de su libertad es que presente un peligro para la seguridad.

A pesar de que el derecho interno israelí permite por razones de seguridad o interés nacional tomar atribuciones en relación con la residencia de las personas, esta norma no puede estar por encima de las obligaciones de carácter humanitario. En este sentido, el TSI señaló:

“From a legal viewpoint the source for the authority and the power of military commander in a territory subject to a belligerent occupation is in the rules of public international law relating to belligerent occupation (*occupatio bellica*), and which constitute a part of the laws of war”<sup>771</sup>.

Como se puede observar, el TSI reconoce una vez más que las fuerzas militares que actúan dentro de los territorios ocupados, están en la obligación de respetar las normas de derecho internacional. Por esto tienen que hacer un balance entre la necesidad militar y la necesidad de la población civil<sup>772</sup>. Por lo tanto el TSI dispuso:

---

<sup>769</sup> Artículo 78 de la IV Convención de Ginebra.

<sup>770</sup> Véase. En este mismo sentido, Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. “Living in Denial: The application of Human Rights in the Occupied Territories”. *Israel Law Review*. Vol.37, 2004, pp.87-93. HJC 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander of Judea and Samaria*, op. cit., párr. 13

<sup>771</sup> *Ibidem*.

<sup>772</sup> Véase HCJ 10356/02, *Yoav Hass v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., párr.8.

“In his considerations, the commander must concentrate on the needs of the area, he should not take into account the concerns of the country that holds the area under belligerent occupation, as a result of which he is exercising his authority”<sup>773</sup>.

Por el resultado de la guerra dentro de la región y como resultado de la ocupación, la autoridad fue transferida a la fuerza militar que ha ejercido un “control efectivo” en el área. No obstante, la autoridad militar es como sabemos temporal en el sentido que su fuerza de continuación dura solamente mientras exista el control sobre el territorio y el tiempo que el gobierno militar permanezca en la región<sup>774</sup>. Después de la ocupación y mientras permanece ésta, el DIH no fija ninguna restricción en cuanto a su duración. Sin embargo, si estipula todas las obligaciones que adquiere la potencia ocupante respecto a la población civil; en el término de la ocupación el gobierno militar substituye al gobierno central y sus dependencias.

Pero esto es conforme a los cambios que se presenten del establecimiento del gobierno militar y de las restricciones que derivan acerca de las estipulaciones de las leyes de la guerra. Es decir, cualquier restricción expresada en éstas puede derogar la operación derivada de la ocupación militar<sup>775</sup> y no está por encima las normas que la potencia ocupante pueda decretar en la región.

La doctrina del TSI dispone que el comandante del área no solo tenga que limitarse a las normas que lo rigen, sino que por un sentido del deber tiene

---

<sup>773</sup> *Ibidem*.

<sup>774</sup> Ver, HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al v. The regional commander of Judea and Samaria and staff officer in charge of matters*, op. cit., párr. 10.c.

<sup>775</sup> En palabras textuales, el TSI se pronunció sobre la limitación que tiene el comandante en la región y dijo que:

“The Military Commander heads the Military Government and its authorities which derive their powers as a point of law from their effective control of the area, and from public international law, and in greater detail from the Laws of War (see *Dvikat* [1] at p. 13) which dictate the scope of permitted action. Furthermore, the power of the Military Commander is not limited to the implementation of existing law but is also competent to translate his authority and directives into terms of Security Enactments (as defined in the Interpretation (Judea and Samaria) Order (No. 130) 1967) largely in the form of Proclamations, Orders and Notices. However, regarding its aims and degree of intervention in existing law, the authority of the Military Commander is limited by the rules of the Laws of War”. HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al v. The regional commander of Judea and Samaria and staff officer in charge of matters*, op. cit., párr. 10.c.

que responder a estas. Él no puede utilizar esas normas para evitar un deber o una prohibición aplicable a él bajo leyes de la costumbre internacional de la guerra. Según la opinión del TSI, un funcionario no satisface generalmente su deber simplemente actuando de acuerdo a lo establecido en las reglas del derecho internacional, sino que se exige de él como agente israelí en el área del gobierno militar, él deber de actuar de acuerdo con los principios que constituyen la administración justa y ordenada<sup>776</sup>.

Por eso el TSI<sup>777</sup> reconoce que cuando una persona es obligada a desplazarse<sup>778</sup> de un lugar a otro, se puede estar vulnerando los derechos a la libertad, a la dignidad humana y la propiedad. Las normas sobre protección de personas desplazadas se encuentran dispersas en diferentes regímenes especializados, como los derechos humanos o en el DIH y reconocidos internacionalmente por distintos Estados; esos derechos son relativos. Los derechos pueden estar restringidos en relación con otros, o respecto a los objetivos de una sociedad. En definitiva, los derechos humanos no son los derechos de un individuo aislado sino que son los derechos de una persona como parte de la sociedad<sup>779</sup>.

Las restricciones de asignar una persona de su lugar de residencia a otro varían de acuerdo con las razones que lleven hacerlo. Por consiguiente, cambiar una persona de su lugar de residencia a otro lugar en el mismo territorio ocupado por razones de seguridad, es válido dentro del derecho internacional<sup>780</sup>. En este sentido, el TSI sostuvo que cualquier grado de peligro no es suficiente para cambiar una persona de su residencia. Se puede hacer uso de manera especial esta medida, si se demuestra que de lo contrario a esta decisión puede existir un peligro real para la seguridad de la zona<sup>781</sup>.

---

<sup>776</sup> HCJ 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., párr. 11.a.

<sup>777</sup> *Ibidem*, párr. 14.

<sup>778</sup> Ver el informe de Deng, M. "Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas". En, *E/CN.4/1998/53/Add.1*, 11 de febrero de 1998.

<sup>779</sup> HCJ 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, op. cit., párr. 15.

<sup>780</sup> *Ibidem.*, párr.17.

<sup>781</sup> *Ibidem.*, párr. 25

Es usualmente necesario que la medida de asignación de residencia sea proporcional al beneficio derivado para la seguridad del territorio. Por lo tanto, se puede cambiar a un individuo siempre y cuando sea porque esa persona es peligrosa, y no por otras razones<sup>782</sup>.

En este sentido, el TSI argumentó que la medida es llevada a cabo con equilibrio, porque es el resultado del balance entre la persona que representa un peligro, y la necesidad de ubicarla en otro lugar para poder proteger la seguridad del territorio. El Estado de Israel está en un terreno que se encuentra con un fenómeno de '*Human bombs*'<sup>783</sup> que envuelve la zona.

Es un problema constante que ataca la población sin hacer ninguna distinción entre las personas inocentes y el cuerpo militar presente en el lugar. Hasta ahora no ha podido ser controlado por parte de la Autoridad Palestina (en adelante AP) y por ello Israel argumenta que tiene que tomar medidas al respecto para proteger la población<sup>784</sup>. De acuerdo con la sentencia en mención, no se puede decir que la discrecionalidad del Comandante Militar es absoluta, porque deben existir razones suficientes y de peso para considerar a una persona peligrosa.

No puede ordenar la asignación de residencia de personas inocentes, porque tenga sospechas de que llevan a cabo actividades de peligro, incluso, aunque sea autorizado por el Comandante Militar encargado de la zona, aduciendo que es necesario por razones de seguridad. Tampoco lo puede hacer con una persona que en el pasado estuvo involucrada en una actividad terrorista si ya no representa un peligro<sup>785</sup>.

Según la doctrina del TSI sólo en casos excepcionales, donde es necesario proteger a la población que vive en el área, es posible trasladar a la población de su lugar de vivienda a otro lugar en el mismo territorio. Como

---

<sup>782</sup> *Ibidem.*, párr. 26.

<sup>783</sup> *Ibidem.*, párr. 27.

<sup>784</sup> *Ibidem.*, p. 25.

<sup>785</sup> *Ibidem.*, párr. 29.

ejemplo: expropiar la propiedad privada con el fin de pavimentar los caminos y las rutas de acceso a varios lugares en el área.

#### **IV. Protección a la población civil bajo ocupación beligerante**

##### **A. Detenciones Administrativas**

Las detenciones administrativas son un procedimiento que lleva a cabo las autoridades israelíes cuando consideran a una persona sospechosa de atentar contra la seguridad y lo detienen sin ser sometido a un juicio. Las órdenes de detención las dicta el Ministerio de Defensa y en los TPO son los jefes militares quienes determinan cuales personas pueden ser sometidas a esta práctica<sup>786</sup>.

Las administración militar en los TO tiene mayor flexibilidad frente las detenciones aunque sigue estando sujeta al control judicial. Se puede detener a un sospecho hasta dieciocho días sin comparecer ante un juez solo de forma discrecional por un oficial militar, al considerar que pudo haber cometido un crimen<sup>787</sup>. La doctrina del TSI se basa en la intervención judicial en relación con las órdenes de detención como algo fundamental para garantizar la defensa de la libertad<sup>788</sup>. Para llevar a cabo las detenciones administrativas es necesario que sea siempre “by imperative reasons of security” que serán decididas por el comandante regional<sup>789</sup>.

---

<sup>786</sup> Práctica aceptada por la normativa israelí descrita en los artículos 108 y 111 del Reglamento de Defensa de 1945 (modificada en 1979) y la Orden Militar 378 de 1970. Véase el Reglamento impreso en inglés en, “Administrative Detention”. *Israel Law. Rev.* Vol. 18, 1983, p. 150. Ver, Amnistía Internacional. *Israel y los territorios ocupados justicia militar para los civiles palestinos*, Madrid, EDAI, 1991, p.27. Gross, Emanuel. ‘Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?’ *Arizona Journal International and Comparative Law.* Vol. 18, 2001, p. 721. Reicin, Cheryl V. “Preventive detention, Curfews, Demolition of Houses and Deportations: an analysis of measures employed by Israel in the administered territories”. *Cardozo Law Review.* Vol. 8, 1986-1987, p. 537.

<sup>787</sup> Stephen J. Schulhofer, “Checks and Balances in Wartime: American, British and Israeli Experiences”. *Michigan Law Review.* Vol. 102, 2004, p. 1921.

<sup>788</sup> Ver, HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, párr. 26.

<sup>789</sup> Artículo 78 de la IV Convención de Ginebra: “If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security, to take safety measures concerning protected persons, it may, at the most, subject them to assigned residence or to internment”. Ver, Reicin, Cheryl V.

La esencia de la detención administrativa es para evitar que en el futuro haya daños a la seguridad pública, pero la detención no debe ser tomada como una medida punitiva para penalizar actos previos y de ninguna manera sustituye la acción penal<sup>790</sup>. Para tomar estas medidas es necesario no solo que haya sospechas sobre posibles atentados sino que tiene que haber una certeza del posible riesgo<sup>791</sup>. Por tanto, es preferible adoptar medidas penales contra una persona sospechosa de participar en actividades terroristas que utilizar el procedimiento de la detención administrativa, porque el acusado o sospechoso puede hacer frente a los hechos que se le imputan, mientras que la defensa en los procesos administrativos no es posible<sup>792</sup>.

Los detenidos tienen que ser tratados humanitariamente y en reconocimiento de su dignidad humana<sup>793</sup>. Poseen el derecho de apelar ante un tribunal militar de revisión y en última instancia. Ante el TSI gozan de unos derechos mínimos que buscan la protección de abusos o la detención arbitraria, con derecho a un juicio justo. Las personas no pueden ser privadas de la libertad sin razones justificadas por la ley y de conformidad con el procedimiento establecido, porque constituye una infracción grave al Convenio<sup>794</sup>.

En esta línea el vicepresidente Cohen expresó:

“Any person in Israel, who has been sentenced to imprisonment, or lawfully detained, is entitled to be held under humane and civilized conditions. It is not significant that this right has yet to be explicitly stated in legislation: this is one of the fundamental human rights, and in a law-abiding democratic state it is so self-evident that it needs not be written or legislative”<sup>795</sup>.

---

“Preventive detention, Curfews, Demolition of Houses and Deportations: an analysis of measures employed by Israel in the administered territories”, op. cit., p. 539.

<sup>790</sup> HCJ 5784/03, *L. Salame v. IDF Commander of Judea and Samaria*, op. cit., párr. 6.

<sup>791</sup> *Ibidem*, párr. 7.

<sup>792</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>793</sup> HCJ 3278/02, *The Center for the Defense of the Individual v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, párrs. 22-24.

<sup>794</sup> Artículo 147, IV Convenio de Ginebra. Art. 9(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

<sup>795</sup> HCJ 205/94, *Nof v. Ministry of Defense*, párr.24.

## B. Detenciones en masa

A finales de marzo de 2002 las FDI entraron en los TO con el objetivo de detener a personas involucradas en actividades terroristas o por razones de seguridad nacional. Se produjeron estas detenciones sin ser examinadas de manera individual por las autoridades. Dentro de estos se encontraban personas que no tenían ninguna relación con el terrorismo, los cuáles fueron puestos en libertad tiempo después<sup>796</sup>.

La legislación israelí exige que antes de iniciar el juicio se prepare un pliego de cargos y sean puestos a disposición judicial antes del inicio, asimismo, las personas que hablan un idioma distinto tenga traducción dentro del proceso. No obstante, según las denuncias presentadas por organizaciones tales como Amnistía Internacional (en adelante AI) denunció que los detenidos no eran informados de los cargos que se le imputan<sup>797</sup>, de manera que sus abogados no podían impugnar las ordenes de detención<sup>798</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con la legislación israelí se puede presentar el recurso de hábeas corpus<sup>799</sup> por un arresto ilegal antes de vencer el plazo máximo de 48 horas. Sin embargo para los detenidos en los TO la decisión recae sobre un tribunal militar que puede decidir en cualquier momento para obtener la libertad. A pesar que la detención administrativa está regulada en las distintas normas internacionales<sup>800</sup>, no determina de manera precisa cuales son los derechos procesales de los internos, ni especifican de manera detallada el marco legal que tendrá que ocupar la autoridad que lleva a cabo este procedimiento.

---

<sup>796</sup> HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit., párr. 1.

<sup>797</sup> De conformidad con el artículo 105 de la IV Convención de Ginebra, toda persona detenida será notificada de las medidas tomadas.

<sup>798</sup> Ver, [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AI\\_Israel42\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AI_Israel42_sp.pdf) p.14-15 [Consulta: 26 de Julio de 2011]

<sup>799</sup> Artículo 78(i) (1) de la Orden Militar 378.

<sup>800</sup> Tales como, el IV Convenio de Ginebra, en el artículo 75 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra; artículo 3 común a los Convenios y el Protocolo II adicional a estos mismos Convenios, como también las normas consuetudinarias del DIH.

La doctrina del TSI dispone que la prohibición no es contra la detención sino hacia la detención arbitraria y lo importante es buscar el equilibrio entre la libertad del individuo que goza de la presunción de inocencia y la seguridad pública<sup>801</sup>. La IV Convención de Ginebra estipula que se debe informar a todo acusado de los actos que se imputan, en un idioma que comprenda y de la manera más pronta posible, con derecho a un defensor que lo asistirá en el proceso con la posibilidad de visitarlo libremente<sup>802</sup>.

En este sentido se presenta un grave problema para los detenidos palestinos puesto que al estar incomunicados durante varias horas, se vulneran sus derechos procesales mínimos, algo que es contrario con la normativa internacional al respecto. Todas las detenciones en masa practicadas por las FDI a palestinos sospechosos de participar en actos terroristas, sin juzgarlos o sin formular cargos penales contra ellos, constituyen una contravención al artículo 9 de la DUDH y las disposiciones del Convenio de Ginebra<sup>803</sup>.

Las condiciones en el área se basan en la orden sobre Detención en Tiempo de Guerra (Orden Temporal) (Judea y Samaria)<sup>804</sup>. Esta orden proporciona disposiciones con respecto a las condiciones del encarcelamiento en el área y son provisiones específicas en consonancia con los principios generales del derecho internacional; como también, a las directrices respecto a las condiciones de las detenciones señaladas en la Convención de Ginebra concerniente a la protección de personas civiles a tiempo de guerra<sup>805</sup>.

Israel al ratificar el IV Convenio de Ginebra deberá aplicarlo en los TO y cumplir con las disposiciones. Así mismo, tras la ocupación de la Ribera Occidental en 1967, las autoridades israelíes dictaron una orden que reconocía

---

<sup>801</sup> HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit., párr. 19.

<sup>802</sup> Artículos, 71, 72, IV Convenio de Ginebra.

<sup>803</sup> Artículo 147, IV Convenio de Ginebra.

<sup>804</sup> Inicialmente las detenciones fueron llevadas a cabo por las leyes de detención criminal del área, especialmente las Regulaciones de Seguridad Orden 387 (Judea y Samaria)-1970; pero a partir del 5 de abril de 2002, son bajo la Orden 1500. Citado en, HCJ 3278/02, *The Center for the Defense of the Individual v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, op. cit., párr. 2.

<sup>805</sup> *Ibidem*, párr.23.



la aplicación del IV Convenio de Ginebra por el Tribunal Militar de la región y en caso de conflicto entre la orden y el Convenio, prevalecerá éste último<sup>806</sup>.

No obstante, el PIDCP considera que en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación se puede suspender las obligaciones contraídas en el Pacto de manera limitada, siempre y cuando no vayan encaminadas por razones de raza, sexo, religión. Por tanto, aunque Israel aduce razones de seguridad para llevar a cabo detenciones que no cumplen con las mínimas garantías procesales, no está exento de cumplir con las normas existente al momento de la detención<sup>807</sup>.

La doctrina del TSI dispone que las detenciones administrativas se tomen en cuenta por parte del gobierno israelí como respuesta al aumento del terror en la región, a través de una larga operación militar. El objetivo de esta defensiva era la destrucción de la Organización terrorista en Palestina, dentro de los cuales se detuvo algunos de sus miembros por parte de las FDI. A su vez, determinó que era necesario el internamiento por razones de seguridad, por el temor a que los detenidos pusieran en peligro o fueran obligados a poner en peligro la seguridad del área, de las fuerzas militares o la seguridad nacional<sup>808</sup>.

Hay que tener en cuenta en este sentido el balance entre la libertad del individuo y la seguridad pública, respetando los derechos del individuo que goza de la presunción de inocencia<sup>809</sup>. Por tal motivo, Israel reconoce los

---

<sup>806</sup> La orden No. 3, artículo 35 dice: "El Tribunal Militar... debe aplicar las disposiciones del IV Convenio de Ginebra de fecha 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra en los procesos judiciales. En caso de conflicto entre esta orden y dicho Convenio, prevalecerá el Convenio.

<sup>807</sup> Artículo 4.1. PIDCP.

<sup>808</sup> HCJ 7015/02, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank* párrs. 3-5.

<sup>809</sup> Esto se expresa en el artículo 10 que dice: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humanos. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. PIDCP, 16 de diciembre de 1966. El cual Israel ratificó y presentó la siguiente reserva: "Referente al artículo 23 del convenio, y a cualquier otra disposición de la cuál pueda ser relevante la actual reserva, las materias del Estado interno son gobernadas en Israel por la ley

principios que se encuentran regulados para la protección de las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión<sup>810</sup>. En esta misma línea, se expresó la obligación de respetar los derechos de cualquier persona en Israel, que ha sido condenado al encarcelamiento<sup>811</sup>, o detenido de manera legal, a ser tratado bajo condiciones humanas y civilizadas<sup>812</sup>.

No es solo por el derecho invocado en la legislación internacional aceptada por Israel, sino por el derecho expícito que existe en los derechos humanos fundamentales y en un Estado democrático observante de la ley, lo cual no necesita ser legislada. Por ello, aunque la detención supone la negación de la libertad, no cabe duda que no justifica la violación de la dignidad humana<sup>813</sup>.

De tal manera que serán tratados siempre humanamente, protegidos especialmente contra todos los actos de violencia o de amenazas, de insultos y curiosidad pública. La doctrina del TSI hace énfasis en cumplir con los estándares mínimos de la detención que no son excluyentes con la necesidad de garantizar la seguridad nacional<sup>814</sup>. A su vez, es necesario garantizar las “condiciones mínimas” donde Israel debe apuntar más que el mínimo y asegurarse de que en todos los casos las condiciones tienen que exceder los requisitos mínimos.<sup>815</sup> Que estos no tienen porque ir sólo designados por la

---

religiosa de los partidos referidos. “Hasta el punto que si contraria con sus obligaciones mediante convenio, Israel se reserva el derecho de aplicar esa ley”.

Véase también: Conjunto de principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Adoptado por la Asamblea General en su *resolución* 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Ver, HCJ 5591/02, *Adala v. Commander of the Kziot Military Camp-Kziot*.

<sup>810</sup> Ver, 3278/02, *The Center for the Defense of the Individual v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, op. cit párr.24.

<sup>811</sup> Para un estudio más detallado ver: Pejic, Jelena. “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”. *RICR*, 2005, N° 858. Henckaerts, Jean-Marie; Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 428.

<sup>812</sup> Artículo 27, IV Convención de Ginebra.

<sup>813</sup> Pejic, Jelena. “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, op. cit., párr.25

<sup>814</sup> HCJ 3278/02, *The Center for the Defense of the Individual v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*, párr.27.

<sup>815</sup> *Ibidem*, párr. 28.

Cruz Roja Internacional; por tanto, satisfacer estos derechos no interfiere con la seguridad.

El TSI tiene en cuenta las condiciones mínimas de los detenidos, el respeto a la persona privada de la libertad y a su dignidad humana de acuerdo al derecho internacional. No obstante, los encargados de supervisar las condiciones mínimas son los mismo miembros de las FDI lo que no permite que haya un organismo intermedio encargado de esta supervisión, lo que ha dado lugar a muchas arbitrariedades<sup>816</sup>.

En el caso *maraab*, el TSI dispuso que hay sólo dos tipos de detenciones, cualquier otro tipo de detención es ilegal y arbitraria: detención con el propósito de investigar al sospechoso de haber cometido una actividad criminal que se lleva a cabo controlada por la policía; la detención administrativa que se lleva a cabo en casos de guerra<sup>817</sup>.

La privación de la libertad sin la decisión de una autoridad judicial es la última medida que debe ser tomada y que el derecho permite en situaciones extremas donde es necesario preservar la seguridad. A pesar que el artículo 78<sup>818</sup> no dispone el tiempo de la detención administrativa, el TSI dijo que el gobierno militar debería tener en cuenta que un periodo de doce a dieciocho días excede el límite apropiado<sup>819</sup>. Una alternativa sería la de reducir el tiempo de detención sin intervención judicial por un periodo más corto, pero dejó abierta la posibilidad de modificar el tiempo de acuerdo con las circunstancias que no siempre son “previsibles”<sup>820</sup>.

A pesar de hacer referencia al derecho internacional como elemento importante en su análisis de las obligaciones en la detención administrativa, el cumplimiento de las obligaciones internacionales es una alusión general, porque al final no lo tiene en cuenta. Tampoco hace mención al deber que

---

<sup>816</sup> HCJ 5591/02, *Adala v. Commander of the Kziot Military*, op. cit., párr.11.

<sup>817</sup> HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit., parr. 24.

<sup>818</sup> IV Convención de Ginebra.

<sup>819</sup> HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit., parr. 35.

<sup>820</sup> *Ibidem*.

tienen las FDI en cumplir con las disposiciones del DIDH o el DIH dentro de los TO y cómo se aplicarían dentro de estos<sup>821</sup>.

Además, la doctrina solamente se centra en mostrar cómo el derecho israelí responde a las exigencias de los principios del derecho internacional que regula la detención arbitraria tanto en tiempos de paz como de guerra<sup>822</sup>, o cuándo las disposiciones internacionales son contrarias con el derecho interno, pero no estipula nada respecto a cómo podrían las FDI cumplir dentro de los TO con los principios de la protección contra la detención o prisión<sup>823</sup>.

## V. Tortura

Sobre la tortura se puede decir que aunque es un tema incontrovertible hay un amplio debate internacional en especial a partir del 11 de septiembre, donde cobra más relevancia en el caso de la lucha contra el terrorismo. Es una de las pocas prohibiciones junto con la esclavitud que no tiene posibilidad de excepción a su cumplimiento en situaciones de emergencia<sup>824</sup>, sustentado a través de diferentes acciones particularmente en el contexto de los interrogatorios por los SGS<sup>825</sup>.

El derecho internacional prohíbe totalmente la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes (en adelante malos tratos)<sup>826</sup> incluso en situaciones

---

<sup>821</sup> *Ibidem*, párr. 19.

<sup>822</sup> HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*, op. cit, párrs. 20, 28-29.

<sup>823</sup> *Ibidem*, párrs. 41-43.

<sup>824</sup> Véase entre otros autores: Gilbert, Geoff; Hampson, Françoise; Sandoval, Clara. *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*. New York, Routledge, 2011, p. 200. Mariño Menéndez, Fernando. "El comentario general núm. 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura: de lege lata y lege ferenda". En Abellán Honrubia, Victoria; Badia Martí, Anna María; Pigrau Solé, Antoni; Olesti Rayo, Andreu (coords.). *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia* Madrid, Marcial Pons, 2009.

<sup>825</sup> B'Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees*. May 2007, p. 4.

<sup>826</sup> En los siguientes instrumentos internacionales: PIDCP, artículo 7; Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, ratificada por Israel en 1991. Donde hizo una reserva a la competencia del Comité contra la Tortura: "1. In accordance with article 28 of the Convention, the State of Israel hereby declares that it does not recognize the competence of the Committee provided for in article 20. "2. In accordance with paragraph 2 of article 30, the State of Israel hereby declares that it does not consider itself bound by paragraph 1 of that article."

de emergencia; a diferencia de otros derechos humanos que puede hacerse una excepción a la prohibición o aplicación. La prohibición absoluta es parte de la costumbre internacional que vincula a todos los Estados, aunque el Estado no sea parte de los tratados o de cualquier otro instrumento que la prohíbe.<sup>827</sup>

El incumplimiento de la prohibición contra la tortura puede constituir un “crimen internacional”<sup>828</sup> y las personas que participen o den la orden de torturar o maltratar son penalmente responsables. A su vez incurre en responsabilidad internacional el Estado por la actuación de sus funcionarios. Los Estados están obligados a promulgar leyes que prohíban la tortura y condenen a quienes han participado<sup>829</sup>. Sin embargo, Israel no ha ratificado el Estatuto de Roma y por tanto, la Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción para juzgar a ciudadanos Israelíes que hayan incurrido en este delito dentro de Israel o en los TO<sup>830</sup>.

En este sentido, parece ser que los Estados justifican sus actos por medio de la “guerra contra el terror” y el “estado de necesidad”, para dar plena libertad

---

IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, artículos 3, 27, 31, 32. Aunque Israel no tiene una posición clara frente a cuándo aplica la Convención de Ginebra dentro de los TO, los tratos inhumanos y degradantes están prohibidos porque tienen el estatus de *ius cogens*. El Estado de Israel no puede alegar ninguna circunstancia excepcional como justificación para emplear la tortura. Véase, Imseis, Ardi. “Moderate” Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods’. *Berkeley Journal International Law*. Vol. 19, 2001, pp. 329-333. Benvenisti, Eyal. “The Role of the National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorist”. *The European Journal International Law*. Vol. 8, 1997, op. cit., pp. 603-604.

<sup>827</sup> B’Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees*, op. cit., p. 12.

<sup>828</sup> En el año 2002 se creó la Corte Penal Internacional bajo el Estatuto de Roma, donde la Tortura y los malos tratos constituyen un delito de lesa humanidad, artículos: 8(2)(a) (ii), (iii), 8(b) (xxi), and 8(c) (ii). Ver, Schabas, William A. “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”. *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 37, 2005-2006, p. 349.

<sup>829</sup> B’Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees* op. cit., p. 14. Parry, Jhon T.; White, Wels S. “Interrogating Suspected Terrorist: Should Torture be an Option”. *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 63, 2001-2002, pp. 761-762.

<sup>830</sup> Aunque por medio del principio de jurisdicción universal cualquier Estado puede detener y juzgar a sospechosos de otros países de cometer delitos contra la humanidad como es el de la tortura, incluso en ausencia de un tribunal internacional; independientemente donde se encuentren y su nacionalidad. Lo que podría aplicar para el caso de las autoridades militares de Israel que hayan participado en casos de tortura. Véase, Bassiouni, M. Cherif. “The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law”. En Macedo Stephen. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 42-43

a los funcionarios públicos que estando coacción puedan infligir malos tratos a los detenidos con el objetivo de salvar vidas<sup>831</sup>. De tal manera que en este caso eximen de responsabilidad penal a los que han cometido estos delitos, sustentado en qué derecho internacional no requiere a cada Estado juzgar a las personas por violar esa prohibición<sup>832</sup>.

Por otra parte, sostienen que la Convención contra la Tortura (en adelante CCT) no dispone nada que requiera a los Estados tipificar los malos tratos como delito. Pero aunque esto no lo disponga, la CCT no exime a los Estados de cumplir con esta obligación en virtud de las convenciones internacionales de las que son parte<sup>833</sup>.

### **A. El uso de presión física moderada**

Desde el comienzo de la ocupación en los TO hasta 1987<sup>834</sup> el gobierno israelí negó que los SGS utilizaran métodos coercitivos durante los interrogatorios, como medida para obtener “información vital”. Estas medidas fueron justificadas por la necesidad militar<sup>835</sup> del Estado de Israel como defensa contra la amenaza del terrorismo. A partir de 1987 se legitimó el uso de “medidas moderadas de coacción física” contra los palestinos sospechosos de

---

<sup>831</sup> El uso de medios coercitivos era el método general que utilizaban los SGS israelíes en los interrogatorios de los palestinos sospechosos de estar involucrados o tener conocimiento de actividades terroristas, hasta la decisión del TSI (HCJ 5100/94) donde prohíbe los malos tratos y la tortura. Véase, Kremnitzer, Mordechai; Segev, Re'em. “The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?”, op. cit., p. 511

<sup>832</sup> Véase, B'Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees*, op. cit., p. 17.

<sup>833</sup> Como lo ha dispuesto la propia CCT en el artículo 16.2: “The provisions of this Convention are without prejudice to the provisions of any other international instrument or national law which prohibits cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or which relates to extradition or expulsion.

<sup>834</sup> Con los resultados de la Investigación de la Comisión *Landau* encargada de investigar los métodos de interrogación utilizados por los SGS, se presentó un informe que reconoce la utilización de métodos de tortura empleados dentro de los interrogatorios. Véase, B'Tselem. *Torture during interrogations: Testimony of Palestinian Detainees, Testimony of Interrogators*. November 1994, p. 6. Para ver una crítica sobre los resultados de la Comisión, Kremnitzer, Mordechai. “The Landau Comisión Report- was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the “needs” of the Security Service?” *Israel Law Review*. Vol. 23, 1989, pp. 217-218.

<sup>835</sup> La necesidad militar constituye una excepción a la prohibición en el DIH, aunque no dispone nada sobre la tortura y mucho menos la utilización de cualquier medio de coacción por parte de las fuerzas armadas. Artículo 52, Protocolo de Ginebra (I) de 1977.

terrorismo u ofensas a la seguridad<sup>836</sup>, en los cuales se aplican diferentes métodos incluyendo las amenazas psíquicas<sup>837</sup>. El uso de estos procedimientos de presión en cierta medida fue aprobado por el TSI porque en la jurisprudencia previa a 1999 no determinó su ilegalidad. Contrario a esto, la posición del gobierno es que en Israel está rotundamente prohibida la tortura o los malos tratos. Reconoce que en los interrogatorios las autoridades han adoptado normas estrictas para obtener información crucial, pero que no constituye un método de tortura porque es ilegal<sup>838</sup>.

En informe presentado por el Relator Especial sostuvo que algunas medidas empleadas por los SGS durante los interrogatorios por si solas no causan dolores o sufrimientos graves. Pero ciertas prácticas de interrogatorio utilizados con frecuencia, y en algunos casos durante varios días, sumado a la presión psíquica que son sometidos los detenidos, genera dolor y es precisamente esto lo que constituye la “tortura”<sup>839</sup>.

El CCT dispuso que aunque el Estado de Israel sostiene que hace frente a los problemas de seguridad esto no justifica el uso la tortura<sup>840</sup> a pesar que reconoció los avances hechos por el Estado. No obstante, los consideró insuficientes porque durante los interrogatorios continúan con el uso de las

---

<sup>836</sup> Imseis, Ardi. “Moderate” Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods’, op. cit., p. 328.

<sup>837</sup> Véase las formas utilizadas por los SGS, B’tselem. Torture during interrogations. The Interrogations of Palestinian during the Intifada: Ill-treatment, “Moderate Physical Pressure” or Torture? March 1991. Imseis, Ardi. “Moderate” Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods’, op. cit., p. 337. Clark, Melissa L. “Israel’s High Court of Justice Ruling on the General Security Service Use of “Moderate Physical Pressure: an End to the Sanctioned Use of Torture?” *Indiana International & Comparative Law Review*. Vol. 11, nº 1, 2000-2001, pp. 151-154.

<sup>838</sup> *Ibidem.*, p.158. Véase, HCH 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, párr 15 dispone:

“With respect to the physical means employed by the GSS, the state argues that these methods do not violate international law. Indeed, it is submitted that these methods cannot be described as “torture,” as “cruel and inhuman treatment,” or as “degrading treatment,” which are all strictly prohibited under international law. The state further contends that the practices of the GSS do not cause pain and suffering”. Ver, E/CN.4/1997/7, 10 January 1997, párr. 119.

<sup>839</sup> *Ibidem.*, párr. 121.

<sup>840</sup> *Concluding Observations of the Committee against Torture: Israel*, UN. Doc. A/53/44, 18 May 1998, párr. 237. (dentro de los métodos que describe están las sacudidas violentas, uso de capuchas, mantener al detenido en aire frío, las manos y los pies bien atados. Disponible en Web: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/9c66.../daf82ddcda36946e80256609004b7df9?OpenDocument> [Consulta: 25 de julio de 2011])

“normas *Landau*” que permiten la “medida moderada de coacción física”, a partir de la adopción judicial interna, de la justificación por la “necesidad de defensa”<sup>841</sup>. En este sentido, Gross sostiene una prohibición absolutista de la tortura cualquiera que sea la situación de peligro que se presente, incluso cuando los resultados de la abstención del uso de la tortura sean catastróficos; mantiene una posición de derechos y deberes absolutos<sup>842</sup>.

A partir de la sentencia del Comité Público contra la Tortura en Israel<sup>843</sup> que comprende una serie de peticiones presentadas desde 1990, el TSI muestra mayor interés por determinados métodos de interrogación utilizados hasta esa fecha. En esta sentencia dispone que los SGS no tienen autoridad legal para utilizar métodos que son violentos, que hacen daño al detenido y violan su “dignidad”<sup>844</sup>.

La doctrina del TSI se fundamenta en que para llevar a cabo un interrogatorio no es necesario utilizar métodos que ocasionen sufrimiento y dolor, porque no están dentro de un interrogatorio “justo” y no son “razonables”. Además quebranta la integridad física y los derechos básicos<sup>845</sup>. Sostiene que un interrogatorio puede causar molestias al detenido, que se consideran

---

<sup>841</sup> *Concluding Observations of the Committee against Torture: Israel*, UN. Doc. A/53/44, párrs. 238-239. Donde el CCT recomienda a Israel:

(a) Since the State party admits that it applies force or “physical pressure” to those in the custody of its officials, the State party bears the burden of persuading the Committee that such force or pressure offends neither articles 1 or 2 nor article 16 of the Convention;

(b) Since the State party admits to hooding, shackling in painful positions, sleep deprivation and shaking of detainees (through its delegates and courts, and supported by the findings of the United Nations Special Rapporteur on Torture)<sup>7</sup> the bare assertion that it is “not severe” is not in and of itself sufficient to satisfy the State’s burden and justify such conduct. This is particularly so when reliable evidence from detainees and independent medical evidence made available to Israel reinforce the contrary conclusion;

(c) Given that Israel itself asserts that each case must be dealt with on its own “merits”, but that for matters of security, material particulars of the interrogation cannot be revealed to the Committee, it follows that the conclusions of breach of articles 1, 2 and 16 must remain.

<sup>842</sup> Gross, Oren. ‘Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience’, *Minnesota Law Review*. Vol. 88, 2004, pp.1494-1495.

<sup>843</sup> HCH 5100/94, *Public Committee, against Torture in Israel v. Israel*, op. cit., p. 3.

<sup>844</sup> *Ibidem.*, Aharon Barak parr. 24.

<sup>845</sup> *Ibidem.*, párr. 27. B’tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees* pp. 19-20. Clark, Melissa L. “Israel’s High Court of Justice Ruling on the General Security Service Use of “Moderate Physical Pressure: an End to the Sanctioned Use of Torture?” pp. 166-167.



legítimas si se trata de un efecto secundario pero no tienen el objetivo de causar daño al detenido<sup>846</sup>.

La facultad que tienen los SGS de interrogar a los detenidos son las mismas que tiene la policía regular, de manera que las restricciones impuestas a las investigaciones policiales aplican también a los SGS sin ninguna excepción dentro de los TO. No tienen ningún poder especial que los exima de las obligaciones para llevar a cabo un interrogatorio justo y razonable<sup>847</sup>.

## **B. Legítima defensa y estado de necesidad**

Los SGS de Israel están autorizados para llevar a cabo interrogatorios a los detenidos palestinos según el procedimiento penal, aunque esto no incluye la tortura y los malos tratos descritos hasta ahora. Las autoridades gubernamentales han destacado sin embargo, que la autoridad de los SGS puede ir más allá de lo estipulado en la ley en un “estado de necesidad” y se puede utilizar la presión física en ausencia de otras alternativas, para evitar un perjuicio grave a la vida humana<sup>848</sup>.

Seguido a este argumento el Estado presentó el caso de la “bomba del tiempo” donde el sospechoso es arrestado por tener información sobre la bomba, lo que constituye un peligro “inminente” que legitimaría el uso de medidas de presión física, para evitar la pérdida de vidas humanas<sup>849</sup>. La doctrina del TSI reconoce la necesidad de responder de manera inmediata a un

---

<sup>846</sup> Dentro de las prácticas de interrogatorio aceptados por el TSI están fuera del alcance de la autoridad y prohibidos: cubrir la cabeza del detenido con un saco; la exposición a escuchar música durante un largo periodo tiempo; el “*Shabah*” en la que el detenido se encuentra en una silla baja, inclinado hacia adelante con las manos esposadas a la espalda. HCH 5100/94, *Public Committee against Torture v. Israel* (Aharon Barak) párrs. 28-29. En cuanto a la privación del sueño, el TSI dispuso que puede ser usado siempre que sea un efecto secundario y no un medio de presión. Que sea la causa de un interrogatorio que en algunas ocasiones es extenso. *Ibidem*, párr. 31.

<sup>847</sup> *Ibidem*., párr. 32.

<sup>848</sup> Porque de acuerdo con el derecho penal Israeli descrito en: Section 34(1) of the Penal Law: A person will not bear criminal liability for committing any act immediately necessary for the purpose of saving the life, liberty, body or property, of either himself or his fellow person, from substantial danger of serious harm, in response to particular circumstances during a specific time, and absent alternative means for avoiding the harm. HCH 5100/94, *Public Committee against Torture v. Israel* (Aharon Barak) párr. 33.

<sup>849</sup> *Ibidem*., p. 30.

peligro y acepta el argumento del Estado al considerar que cumple con el criterio de “inminencia” al impedir un mal mayor. Este requisito ha sido flexibilizado cuando dispone “even if the bomb is set to explode in a few days, or even in a few weeks, provided the danger is certain to materialize and there is no alternative means of preventing it”<sup>850</sup>.

Es importante destacar que este argumento guarda estrecha relación con la Comisión *Landau*, donde resta importancia al factor temporal porque lo justifica con la elección de dos males: el de incumplir con los derechos fundamentales del detenido, frente al de evitar lo que pueda ocurrir en el momento o días después. En este caso no es posible decir que el peligro es actual porque por otros medios diferentes a la tortura es posible conseguir la información para evitar la explosión en un futuro<sup>851</sup>.

De manera que según el Estado israelí para determinar si el estado de necesidad puede excluir de la responsabilidad al investigador, dependerá en último caso de la ponderación de valores y necesidades, que son el centro de la legítima defensa como una causal de justificación<sup>852</sup>. No obstante, este argumento plantea cierta ambigüedad, porque se estaría aceptando el uso de métodos de presión en el caso de la bomba del tiempo, como a otras situaciones necesarias para conseguir la información de actividades terroristas<sup>853</sup>.

Lo que no deja clara la posición del Estado, si es prohibido el uso de la tortura y la posible exclusión de responsabilidad en casos de extrema necesidad. Por el contrario, esta fundamentación otorga una amplia potestad a

---

<sup>850</sup> H.C.J 6924/98, *Association for Civil Rights in Israel v. State of Israel*. (Aharon Barak) párr. 34.

<sup>851</sup> Parry, John T.; White, Welsh S. “Interrogating Suspected Terrorist: Should Torture be an Option?” op. cit., p. 757.

<sup>852</sup> Véase, Informe especial de Israel al Comité contra la Tortura. CAT/C/SR.296, 2 de diciembre de 1997, párr. 38-39. Disponible en Web: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.SR.296.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.SR.296.Sp?Opendocument) [Consulta: 28 de abril de 2011]

<sup>853</sup> Kremnitzer, Mordechai; Segev, Re'em. “The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?” *Israel Law Review*. Vol. 34, 2000, p. 545.

los interrogadores para determinar cuándo hay un peligro real y necesario a causa de un ataque inminente<sup>854</sup>.

Según el anterior argumento, el ataque va dirigido contra la vida e integridad de las posibles víctimas de los terroristas y la tortura sería la defensa contra el secuestrador o el terrorista responsable de instalar la bomba. Algo que no cumple con el requisito de legítima defensa porque no responde a un ataque inminente, que está por suceder o que aún continúa. Por eso el TSI no discute la legítima defensa sino que trata la defensa en supuestos del estado de necesidad<sup>855</sup>.

De acuerdo con la posición del Estado, el uso de medidas moderadas de coacción física no debería constituir un delito penal y su uso debe ser justificado mediante el “estado de necesidad”. Sin embargo, esto plantea un problema en la práctica porque las autoridades no podrán estar seguras sobre la culpabilidad o participación del detenido por un delito, o determinar cuál fue su intervención. En este sentido, Ambos sostiene que “el escenario de la bomba de tiempo no es muy realista. Incluso se podría decir que es completamente teórico”<sup>856</sup>.

El derecho israelí reconoce el estado de necesidad y en determinadas circunstancias los investigadores de los SGS pueden recurrir a este argumento para excluirlos de responsabilidad penal. Donde el derecho israelí reconoce dos tipos de necesidad: justificación y excusa, interpretada por el TSI en circunstancias de necesidad como una justificación del investigador, pero no

---

<sup>854</sup> *Ibidem.*, p. 546.

<sup>855</sup> Ambos, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona, Atelier, 2009, pp. 40-42. Benvenisti, Eyal. “The Role of the National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorist”, op. cit., pp. 606-608. (este autor reconoce el principio de legítima defensa sin tener en cuenta el requisito de inmediación).

<sup>856</sup> *Ibidem.*, p. 37. Algo contrario a lo establecido en las conclusiones de la Comisión Landau que determinó: Indeed the typical case of self-defense is against an immediate danger to the person being attacked, but this too is not a *sine qua non*: “The use of force may be immediately necessary to prevent an attack in the future”. En, “Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity”. *Israel Law Review*. Vol. 23, 1989, p.171.

posee ningún “valor normativo adicional”; no lo faculta para vulnerar los derechos humanos de los detenidos<sup>857</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia del TSI no analiza la responsabilidad penal del investigador del SGS y los métodos físicos que emplea en el interrogatorio, como tampoco la admisibilidad o el valor probatorio de las pruebas obtenidas bajo malos tratos. Determina que no es válido establecer *a priori* las situaciones que justifican las presiones físicas en los interrogatorios en estado de necesidad<sup>858</sup>.

Donde el principio de legítima defensa no puede servir como base de autoridad porque el TSI determina que si el Estado quiere que los SGS utilicen medios físicos de presión en los interrogatorios, debe promulgar leyes con ese fin que liberarían a los investigadores de la responsabilidad penal. Esta decisión hace énfasis en la “justificación de la defensa” del investigador y no en el “estado de necesidad”<sup>859</sup>.

El TSI se basó en la legítima defensa establecida en el Código Penal israelí para eximir de responsabilidad penal al torturador cuando hay un riesgo “real de daño” que responde a un acontecimiento inesperado, pero no a una acción calculada y premeditada; es necesario comprobar que la actuación de los funcionarios fue en las circunstancias apropiadas<sup>860</sup>. En el caso de la

---

<sup>857</sup> Ambos, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, op. cit., pp. 38-39. HCH 5100/94, *Public Committee against Torture v. Israel* (Aharon Barak) op. cit., párrs. 34, 36. Para una definición de la necesidad en estos casos véase, Saif-Alden Watad, Mohammed. “The Torturing Debate on Torture”. *Northern. Illionis University Law Review*. Vol. 29, 2008-2009, pp. 39-40.

<sup>858</sup> Imseis, Ardi. “Moderate” Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogations Methods’, op. cit., pp. 340-341. HCH 5100/94, *Public Committee against Torture v. Israel* (Aharon Barak) op. cit., párr. 35.

<sup>859</sup> *Ibidem.*, párr.37. Concluding observation of the Human Rights Committee: Israel. CCPR/CO/78/ISR, 21 August 2003, párr. 18. De igual manera el CCT expresó su preocupación porque con el argumento del estado de necesidad no hay defensa contra la tortura y los malos tratos, y los responsables pueden ser absueltos. Véase, Report of the Committee Against Torture. UN GAOR Supp. A/57/44, 2002, párr. 52.

<sup>860</sup> B’Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees*, op. cit., p. 76.

bomba del tiempo no serviría como justificación porque no cumple con el requisito de inmediatez ya que no hay un ataque previo<sup>861</sup>.

El TSI evita pronunciarse respecto a los métodos utilizados por los SGS como formas de tortura y malos tratos, aunque rechaza el empleo de los mismos dentro de los interrogatorios<sup>862</sup>. Sin embargo, no condena de manera abierta la utilización de estos medios ni establece cuáles son las circunstancias apropiadas en las que se puede invocar el estado de necesidad, sino que deja a la interpretación de la ley por los SGS<sup>863</sup>.

Sostiene que de conformidad con la ley, el gobierno y las autoridades del SGS no están autorizados para determinar las directrices sobre el uso de medios físicos durante el interrogatorio a los sospechosos de actividades hostiles y terroristas. La responsabilidad la fija de acuerdo con la ley pero no menciona nada respecto a las obligaciones internacionales del Estado de Israel en materia de derechos humanos<sup>864</sup>.

En definitiva, cuando los interrogadores pueden usar para su defensa una excusa para no cumplir con la prohibición de la tortura en casos extremos, la víctima no puede defenderse contra el ataque a su dignidad humana porque se vuelve algo socialmente aceptable<sup>865</sup>. Esta doctrina envía un mensaje a los interrogadores de total impunidad ya que las acciones tomadas contra ellos serán insignificantes o fácilmente excusables<sup>866</sup>.

---

<sup>861</sup> Código Penal israelí de 1977, artículo 34J: "Una persona no podrá incurrir en responsabilidad penal por realizar un acto inmediatamente necesario para rechazar un ataque ilegal que implica un riesgo real de daño a su vida o a la de un tercero, o a su libertad, integridad física o propiedad: sin embargo, la persona no estará actuando en defensa propia si ella provocó dicho ataque por su conducta inapropiada, siempre que haya previsto los posibles desarrollos posteriores". Para un análisis de este artículo en: Ambos, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia.*, op. cit., pp. 39-41.

<sup>862</sup> B'Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees.* op. cit., p. 21.

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>864</sup> *Ibidem*, párr. 38.

<sup>865</sup> Ambos, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia.*, op. cit., p. 49.

<sup>866</sup> B'Tselem. *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees*, op. cit., p. 76. En este mismo informe se puede ver la falta de credibilidad en el sistema penal israelí y la causa para que muchas víctimas no presenten quejas por malos tratos y torturas, pp. 77-79.

## 2. La cuestión de Gaza tras el Plan de Desconexión

El Estado de Israel decidió retirar de manera unilateral el ejército de la Franja de Gaza en el año 2005 y casi todos los asentamientos judíos<sup>867</sup>. Esto generó un debate entre los israelíes y palestinos, así como la Comunidad académica Internacional, para establecer si la retirada es total o parcial del territorio<sup>868</sup>.

A pesar de la retirada las FDI y con ella la revocación de las disposiciones del Gobierno Militar modificadas durante la ocupación, Israel sigue interviniendo en la vida diaria de los habitantes de la Franja de Gaza porque controla el espacio aéreo, las aguas territoriales, como también el paso de personas y bienes entre Gaza e Israel<sup>869</sup>.

El Estado de Israel sostiene que ya no es la potencia ocupante en Gaza y por tanto, no tiene obligaciones legales con el territorio. El objetivo de retirarse de la región era permitir a los palestinos desarrollar la economía y construir una sociedad que busque la paz, el desarrollo libre y el respeto por la ley. Donde la

---

<sup>867</sup> *Agreed documents on movement and access from and to Gaza*, 15 Nov. 2005. Disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+documents+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm> [Consulta: 10 de abril de 2011]. Véase entre otros autores, Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: The Legal Status of Gaza*. Tel Aviv, Gisha, Legal Center for Freedom of Movement. January 2007, p. 8. Shany, Shuval. "Binary Laws MComplex Reality: The Occupation Of Gaza Debate". *Israel Law Review*. Vol. 41, nº 1 & 2, 2008, pp. 70-71. Rostow, Nicholas. "Gaza, Irak, Lebanon. Three Occupations under International Law". *Israel Yearbooks on Human Rights*. Vol. 33, 2007. pp. 216-217. Rubin, Benyamin. "Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties". *Israel Law Review*. Vol. 42, 2009, p. 534.

<sup>868</sup> Véase entre otros, Solomon, Solon. "The Great Oximoron: *Jus In Bello* Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study". *Chinese Journal Law*. Vol. 9, 2010, p. 501. Mustafa Mari. "The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation?" *Yearbook International Humanitarian Law*. Vol. 8, 2005 (este autor sostiene que Israel se retiró de Gaza para evitar los problemas con la población palestina pero sin perder el control del territorio). Shany, Yuval. "Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement". *Yearbook International Humanitarian Law*. Vol. 8, 2006.

<sup>869</sup> Disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+documents+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm> [Consulta: 6 de abril de 2011]

prueba más importante es la lucha contra el terrorismo y la eliminación de las organizaciones armadas que atentan contra la población<sup>870</sup>.

De acuerdo con la posición palestina, Cisjordania y la Franja de Gaza son legalmente una “unidad integral” en lo relacionado con la ocupación. Al continuar Cisjordania ocupada ningún cambio originado a raíz de la retirada israelí podría ser tomada en cuenta sino hasta la repliegue completo de los TO<sup>871</sup>. Entonces al pretender que Gaza goce de unas condiciones diferentes a las de Cisjordania, supondría la violación de la integridad territorial de palestina y el derecho a la libre determinación<sup>872</sup>.

A causa de un ataque en 2006 por los militantes palestinos a las FDI y en respuesta del lanzamiento de cohetes desde Gaza hacia Israel, el ejército reanudó las incursiones dentro del territorio controlado por la AP<sup>873</sup>. Posterior a esto se dieron violentos enfrentamientos entre dos facciones rivales palestinas a causa de las elecciones que ganó Hamas al grupo Fatah dentro de Gaza<sup>874</sup>.

---

<sup>870</sup> Véase el discurso del entonces Primer Ministro de Israel Ariel Sharon ante la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addresses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm> [Consulta: 6 de abril de 2011]. Ver, Stephanopoulos, Nicholas. “Israel’s legal Obligations to Gaza after the Pullout”. *Yale Journal International Law*. Vol. 31, p. 524. Lapidoth, Ruth. *Unity Does not Require Uniformity*. 22 August, 2005. Disponible en Web:

<http://www.bitterlemons.org/previous/bl220805ed30.html#isr2> [Consulta: 13 de abril de 2011] (la autora sostiene que Israel no debe ser considerado como un ocupante después de la retirada y estará obligado solo en las áreas donde mantiene el control).

<sup>871</sup> Véase, Solomon, Solon. “The Great Oxymoron Oxymoron: Jus In Bello Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study”, op. cit., p. 515. Khatib, Ghassam. *No change*. Disponible en Web: <http://www.bitterlemons.org/previous/bl220805ed30.html#isr2> [Consulta: 13 de abril de 2011] Rubin, Benjamin. Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties, op. cit., pp. 547-548.

<sup>872</sup> Esto fue dispuesto en los “Acuerdos Interinos entre Israel y Palestina”, 28 de septiembre de 1995. Artículo XI, parr. 1: “To suggest that Gaza should enjoy a status different from that of the West Bank would violate the territorial integrity of Palestine and the substantive law of self-determination”. disponible en Web:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/THE+ISRAELIPALESTINIAN+INTERIM+AGREEMENT.htm> [Consulta: 15 de abril de 2011]

<sup>873</sup> Ataque que causó la muerte de 2 soldados y el secuestro de un militar del ejército israelí por terroristas de Hamás dentro de territorio israelí, cerca del cruce de Kerem Shalom; Ver, Shany, Yuval. “Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel’s Disengagements”, op. cit., p 7. Véase, <http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Behind+the+Headlines/Behind+the+Headlines+Six+months+in+terrorist+captivity+11-Jan-2007.htm> [Consulta: 6 de abril de 2011]

<sup>874</sup> Rivalidad política que empezó desde la Primera Intifada en 1987 y se convirtió en una guerra entre estos dos grupos con ideas opuestas, en relación con el papel del nacionalismo palestino y el islamismo en la Franja de Gaza. Véase entre otros, Schanzer, Jonathan. *Hamas v. Fatah: the struggle for Palestine*. New York, Palgrave Macmillan, 2008. Milton-Edwards,

Después de esto se presentaron constantes ataques a Israel, por eso se decidió reanudar la actividad militar dentro de la Franja de Gaza.

Esta situación en la región plantea varias preguntas de gran importancia: ¿Es Gaza un Territorio Ocupado? ¿Cuáles son las obligaciones de Israel después de la retirada del ejército? ¿Continúa la aplicación de Leyes de Ocupación Beligerante en Gaza?<sup>875</sup>

## **I. Gaza como territorio ocupado**

Como se ha mencionado anteriormente, para que un territorio se considere ocupado es necesario: a) el ejército hostil se encuentre físicamente en el área ocupada b) se ejerza un poder efectivo en la región por el gobierno ocupante c) el gobierno vencido no ejerce la soberanía sobre el territorio<sup>876</sup>.

En este caso, siguiendo las condiciones para determinar que un territorio es ocupado se podría decir que la situación de la Franja de Gaza no cumple con el primer requisito que es la presencia de un ejército en la región y por tanto, el territorio no es ocupado. Sin embargo, de acuerdo con la práctica y la doctrina internacional la situación no es tan clara cuando las FDI aún mantienen el control aéreo, marítimo y los puntos fronterizos con Gaza; que demuestran una vigilancia sobre la zona e impide la soberanía absoluta por parte de la AP<sup>877</sup>.

A su vez, es necesario recordar que la AP tiene a su cargo funcionarios públicos y personal de seguridad sobre el territorio, quienes ejercen funciones de gobierno en Gaza. El gobierno palestino está obligado a responder por el orden y la seguridad dentro de la región, algo que no parece haber conseguido por la pérdida de control sobre Gaza. No obstante, está mejor facultada que

---

Beverly; Farrell Stephen. *Hamas: the Islamic Resistance Movement*. Cambridge, Politty Press, 2010, p. 52.

<sup>875</sup> Aquí no desarrollaré el tema de ocupación beligerante de larga duración y las obligaciones por parte de la potencia ocupante porque ya se expuso en el II capítulo de esta tesis.

<sup>876</sup> Véase, Shany, Yuval. "Faraway, So close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement", op. cit., p 11.

<sup>877</sup> *Ibidem.*, p. 14. Bashi, Sari; Mann, Kenneth. "Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza", op. cit., pp. 9, 12-13.



Israel para llevar a cabo estas funciones y su capacidad de control efectivo es mayor<sup>878</sup>. Israel sigue estando obligado por las leyes de los conflictos armados cada vez que actúa en la región<sup>879</sup>.

Es difícil establecer en una ocupación prolongada cuándo la potencia extranjera deja de manera real la ocupación sobre la región, porque no hay límites claros al respecto. Pero en relación con Israel, se puede decir que todavía hay una intervención dentro de la región que obstaculiza ejercer la plena soberanía a las autoridades palestinas, y no les permite decidir en todos los temas sociales y en materia de seguridad<sup>880</sup>.

En este sentido, algunos autores argumentan que la retirada de Gaza generó un cambio pero no la esencia misma de la ocupación, porque en algunas zonas el “control efectivo” de Israel solo disminuyó; aunque no por esto se deja de aplicar las disposiciones humanitarias. Porque en la evaluación de Gaza no se debe mirar solo el control militar sino el administrativo, que no tiene la misma intensidad del pasado pero si gran incidencia dentro de la población<sup>881</sup>.

Es importante señalar que la naturaleza del control ha cambiado con los avances tecnológicos y ya no es necesaria la presencia de una potencia militar extranjera para mantener la presencia física en el territorio, para ejercer el control sobre este. Los ataques aéreos, los asesinatos selectivos, son una prueba de la ocupación israelí<sup>882</sup>.

---

<sup>878</sup> Shany, Yubal. Faraway, So close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement, op. cit., p. 19.

<sup>879</sup> “Israel reserves its fundamental right of self-defense, both preventive and reactive”. Disponible en Web: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Israels+Disengagement+Plan+-+Renewing+the+Peace+Process+Apr+2005.htm> [Consulta: 12 de abril de 2011]

<sup>880</sup> Véase, Bashi, Sari; Mann, Kenneth. “Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza”, op. cit., p. 14. Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, Commission on Human Rights. E/CN.4/2006/29, párr. 8. Disponible en Web: <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/0306124470443C948525712B006A70B7> [Consulta: 12 de abril de 2011]

<sup>881</sup> Véase, E/CN.4/2006/29, op. cit., párr. 10. Thürer, Daniel. *Speech at Sixth Bruges Colloquium: Current Challenges to the Law of Occupation*. Oct. 20-21, 2005. Disponible en Web: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/occupation-statement-211105.htm> [Consulta: 14 de abril de 2011]

<sup>882</sup> Ver, E/CN.4/2006/29, párr. 8

El TSI se pronunció en el caso sobre Combustible y Electricidad, por una decisión del gobierno de reducir o limitar el suministro a la Franja de Gaza, debido a los ataques contra la población del sur de Israel. Dentro de los ataques se incluyen los lanzamientos de cohetes y proyectiles contra objetivos civiles de Israel, así como ataques terroristas hacia los civiles y las FDI en los cruces fronterizos entre Gaza e Israel<sup>883</sup>.

En esta decisión el TSI acepta la posición del gobierno israelí de haberse retirado desde el año 2005 de la Franja de Gaza y por tanto, no tener el “control efectivo” sobre la región. Por tanto, las obligaciones son derivadas de las acciones militares y no las de una potencia ocupante. En la decisión sobre Gaza sostiene:

“Since September 2005 Israel no longer has effective control over what happens in the Gaza Strip. Military rule that applied in the past in this territory came to an end by a decision of the government, and Israeli soldiers are no longer stationed in the territory on a permanent basis, nor are they in charge of what happens there”<sup>884</sup>.

De tal manera que Israel no tiene la capacidad para asegurar el bienestar a los residentes de la Franja de Gaza de acuerdo con las leyes de ocupación beligerante. A pesar de que la región sea considerada un “territorio hostil” porque cuando Hamas tomó el poder se dedicó a atacar la población israelí, El Estado de Israel no puede negar sus responsabilidades y debe permitir el acceso de ayuda para prevenir una crisis humanitaria<sup>885</sup>.

La Franja de Gaza es dependiente de Israel para el suministro de electricidad a causa de la ocupación, de manera que éste debe ser responsable del servicio y extender todas las obligaciones al respecto. Incluso

---

<sup>883</sup> HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and others v. Primer Minister*, op. cit., párr. 1-2. Los cortes de suministro energético se produjeron como respuesta a los ataques de cohetes Qassam contra Israel. El suministro de energía es controlado por Israel a través de los pasos fronterizos.

<sup>884</sup> *Ibidem.*, párr. 12.

<sup>885</sup> *Ibidem*, párr. 2. Véase, Solomon, Solon. The Great Oximoron: “*Jus in Bello* Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study”, op. cit., p. 519.

después de su retirada hasta que la AP tenga la suficiente autonomía para garantizar el servicio, que podría ser derivado de un acuerdo. Esto es una obligación que tiene Israel como resultado de la retirada de la Franja de Gaza<sup>886</sup>.

El argumento de Israel es que después de la retirada el *Ius in Bello* no se aplica a la Franja de Gaza sin haber un conflicto entre las dos partes, por eso las obligaciones con la población son derivadas de las normas de derechos humanos, que vinculan al Estado en el momento que controla el territorio, lo que no quiere decir la representación de poder del ocupante<sup>887</sup>.

Por el contrario, ante la medida de restringir el paso de personas, mercancías y reducir el suministro de electricidad y energía hacia Gaza, debe ser visto bajo el *Ius ad Bellum* derivado entre el estado de guerra de Israel y Hamas<sup>888</sup>. Los demandantes y organizaciones humanitarias argumentaron que el corte de combustible y electricidad constituía un castigo colectivo contrario a las disposiciones del derecho internacional<sup>889</sup>. Estas medidas tomadas de manera indiscriminada condenan a toda la población civil de Gaza por las acciones terroristas, lo que afectan el buen funcionamiento de hospitales, clínicas y otras instituciones humanitarias<sup>890</sup>.

---

<sup>886</sup> Rubin, Benjamin. Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties, op. cit., 556.

<sup>887</sup> Solomon, Solon. The Great Oximoron: “*Jus in Bello* Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study” op. cit., p. 520.

<sup>888</sup> Las relaciones entre Israel y la Organización de Hamas se deterioraron mucho más a partir de la operación “Plomo Fundido” y no parece que haya una solución a corto plazo, sin embargo, esto no exime a Israel de las responsabilidades que tiene con la Franja de Gaza aún después de la retirada unilateral.

<sup>889</sup> Solomon, Solon. The Great Oximoron: “*Jus in Bello* Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study”, op. cit., pp. 519, 521-522. Véase, *Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, Human Rights Council, 12<sup>th</sup> Sess., A/HRC/12/48* (15 September 2009), párrs. 27-28. Disponible en Web:

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMGC\\_Report.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMGC_Report.pdf) [Consulta: 14 de abril de 2011]

<sup>890</sup> HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and Others v. Prime Minister*, op. cit., párr. 7. Para una crítica sobre la decisión del TSI véase, Gisha-Legal Center for Freedom of Movement. *Briefing: Israeli High Court Decision Authorizing Fuel and Electricity Cuts to Gaza* (HCJ 9132/07, issued January 30, 2008) p. 6.

La solicitud para que detuviera la orden del gobierno de *ipso facto* por ser ilegal y causar perjuicios a la población palestina, fue denegada por el TSI argumentando que la medida no generaba una crisis humanitaria en la región porque el Estado se comprometía a no generar mayores problemas humanitarios. En este caso, el TSI aceptó de plano los argumentos del Estado y su compromiso a futuro para evitar daños a la población pero no determinó un tiempo prudente para esto.

El argumento es que Israel puede limitar el suministro de combustible y electricidad a la Franja de Gaza porque no está obligado a permitir una cantidad ilimitada de energía eléctrica, a causa de la inestabilidad en la región. Porque estos productos son utilizados por los grupos terroristas para el ataque hacia la población civil, por tanto, el Estado responde sólo por las necesidades básicas de la región<sup>891</sup>.

En este caso dada la dependencia de la Franja de Gaza hacia Israel en cuanto al suministro de electricidad, el TSI sostuvo que Israel tiene obligaciones con la población civil en la Franja de Gaza por la relación que se creó en los años de ocupación militar. Teniendo en cuenta que en un conflicto se prohíbe utilizar medidas que atenten contra la población como el ataque, destrucción o eliminación de instalaciones requeridas para la población civil.

No explica si está medida contra la población en general es proporcional aunque si explica cómo los cortes de energía deben ser de acuerdo con el derecho internacional, pero centrando su análisis al caso y no a las represalias tomadas contra la población de Gaza<sup>892</sup>. La respuesta del Estado es que el suministro de energía era el suficiente para cubrir las necesidades mínimas humanitarias en la región, en cumplimiento de las normas del derecho

---

<sup>891</sup> HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and Others v. Prime Minister*, párr. 11. Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 278. Esta es una obligación derivada de la IV Convención de Ginebra, artículo 23, donde las Altas Partes Contratantes autorizan el libre paso de todo tipo de alimentos, medicamentos y de materiales necesarios para el bienestar de la población civil. Siempre y cuando no exista riesgo para la seguridad. Como también el artículo 70 del Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra de 1949.

<sup>892</sup> Artículo 33, IV Convención de Ginebra.

internacional y las obligaciones humanitarias de las leyes de ocupación beligerante<sup>893</sup>.

En este caso el TSI se abstiene de hablar sobre las disposiciones internacionales que regulan esta situación de retirada parcial del territorio y las obligaciones que tiene el ocupante sobre la región, sino que entra directamente a establecer las “necesidades básicas humanitarias”. No indica lo que constituiría esas condiciones mínimas, sino que deja esa discreción a las autoridades para que lo determinen<sup>894</sup>. Sin embargo, no cuestiona las medidas tomadas contra la población y su proporcionalidad, así como no responde a las pretensiones de los demandantes, sobre las acciones en contra de los civiles como una medida de castigo colectivo y la inaplicabilidad de la ley de ocupación beligerante<sup>895</sup>.

Por el contrario, se abstiene de hacer un análisis de la situación después de la retirada y se observa como dispone que Israel tiene pocas obligaciones con Gaza, de las que se derivan solamente de la necesidad de mantener las condiciones mínimas, para evitar una crisis humanitaria derivada del enfrentamiento que tiene con las organizaciones terroristas.

La sentencia del TSI establece que la retirada de Israel de manera unilateral acaba con la ocupación beligerante y por tanto con las obligaciones derivadas. Esto permite concluir que Israel sigue ocupando la región de Gaza toda vez que está obligado a responder por la población civil y proporcionar las condiciones necesarias para permitir la ayuda humanitaria y el suministro de energía.

En este caso, el Estado anunció por iniciativa propia la reanudación del suministro de combustible en la misma cantidad que antes, lo que demuestra la implicación que aún tienen dentro del territorio y su poder de decisión sobre el mismo en determinados asuntos. Pero sostiene que no tiene el “control

---

<sup>893</sup> HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and Others v. Prime Minister*, párrs. 12-13,16.

<sup>894</sup> A/HRC/12/48, op cit., párr. 1.

<sup>895</sup> HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and others v. Prime Minister*, op. cit., párr. 4.

efectivo” de la región sino que su intervención procede del conflicto armado entre Israel y la Organización de Hamas que controla la Franja de Gaza.<sup>896</sup>

En una misión de investigación sobre las operaciones militares en Gaza y las violaciones de derechos humanos y el DIH que dio como resultado el Informe Goldstone, concluyó que las medidas impuestas a reducir la electricidad por el gobierno israelí hacia la población civil, no cumplieron con los niveles mínimos establecidos por el TSI. Además porque el gobierno israelí tiene discreción para determinar cómo y cuándo suministra la energía en Gaza, lo que le permitió actuar de manera “caprichosa y arbitraria”<sup>897</sup>. Por otra parte, recomendó a la AP y las Autoridades de Gaza, para que den instrucciones claras a las fuerzas de seguridad que están bajo su mando, a cumplir con las normas de derechos humanos y los instrumentos internacionales.

## **II. Responsabilidades bajo el Derecho Internacional de Ocupación**

Como se ha mencionado anteriormente, Israel está obligado a proteger a la población bajo ocupación porque las FDI tienen presencia en la región, lo que genera la aplicación del DIH en la Franja de Gaza<sup>898</sup>. Como prueba de ello está la intervención denominada “Plomo fundido” donde el ejército Israelí bombardeó la costa de Gaza durante las operaciones militares, con un objetivo principal: el ataque a todas las infraestructuras de Hamas. Algo que sin duda es ilegal porque también afecta a bienes de la población civil, indispensables para la supervivencia de la población<sup>899</sup>.

En este sentido, Dinstein sostiene que aunque no ha terminado la ocupación beligerante todo ha cambiado desde la ocupación y no puede responsabilizarse por todas las funciones de gobierno que desde los “acuerdos

---

<sup>896</sup> *Ibidem.*, p. 279.

<sup>897</sup> *Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, Human Rights Council, 12<sup>th</sup> Sess., A/HRC/12/48*, parr. 326.

<sup>898</sup> IV Convenio de Ginebra, artículo 6. Véase, Bashir, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*, op. cit., p. 24. Rubin, Benjamin. “Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties”, op. cit., p. 555.

<sup>899</sup> Las operaciones militares empezaron el 27 de diciembre hasta el 3 de enero de 2009. Ver, *Report of the UN Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, Human Rights Council, 12<sup>th</sup> Sess., A/HRC/12/48*, op. cit., párrs. 333, 1026-1027.

de Oslo” se supone deben ser asumidos por los poderes palestinos en la Franja de Gaza<sup>900</sup>. Así que Israel queda excluido de intervenir en cualquiera de estas áreas salvo en las que puedan tener responsabilidad compartida.

En las zonas en que la competencia fue totalmente transferida a la AP las obligaciones de Israel son limitadas determinándolas en proporción con el nivel de control e intervención que tenga sobre la región<sup>901</sup>. Aunque esta posición no fue aceptada por el TSI porque considera que se tiene que aplicar la ley de ocupación beligerante por la responsabilidad que tiene Israel dentro de las zonas que continúan las actividades militares<sup>902</sup>.

En el tema del movimiento de los residentes de Gaza en particular a Cisjordania, Israel aún tiene el control y por eso está obligado a proporcionar la libertad de movimiento de acuerdo con el PIDCP<sup>903</sup>. La transferencia de ciertos poderes a la AP no priva a los residentes de Gaza de los beneficios del DIH, por cualquier cambio introducido de la potencia ocupante, aunque sea por mutuo acuerdo entre las autoridades del territorio ocupado y el ocupante<sup>904</sup>.

Israel controla una parte importante de los ingresos de la AP que le permitirían funcionar eficazmente y se niega a transferir el importe fiscal, limitando también la ayuda internacional. Lo que ha perjudicado al desarrollo en materia de seguridad, salud y educación, porque la AP no puede cubrir las necesidades básicas en la región. Sumado esto a la destrucción de Israel de la central eléctrica de Gaza que impide a la población civil proveer sus propias necesidades, generando más dependencia hacia Israel<sup>905</sup>.

Incluso después de finalizar la ocupación de Israel en la Franja de Gaza tiene obligaciones, hasta la fecha que los residentes puedan crear de nuevo las instituciones y estructuras necesarias como: aeropuertos, puerto marítimo,

---

<sup>900</sup> Distein, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*, op. cit., p. 280.

<sup>901</sup> Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*, op. cit., p. 81.

<sup>902</sup> *Ibidem.*, p. 82. Véase, HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. Government of Israel*.

<sup>903</sup> Artículo 13, PIDCP. HCJ 1890/03, *Bethlehem Municipality v. State of Israel*, párr. 15 (en esta sentencia aplica la protección de la libertad de movimiento en Gaza según el convenio).

<sup>904</sup> IV Convención de Ginebra, Artículos. 7, 47.

<sup>905</sup> Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*, op. cit. op. cit., p. 86-87.

rutas comerciales terrestres para el desarrollo de la sociedad<sup>906</sup>. Deberá ser proporcionado por la potencia ocupante, algo que hasta ahora no se ha permitido y sigue siendo controlado por Israel.

### III. Aplicación de la IV Convención de Ginebra

Después de la retirada unilateral de Israel la IV Convención de Ginebra se aplica en el territorio de Gaza porque aunque la AP no es una Alta Parte Contratante de la Convención, el conflicto en la región fue el resultado de la guerra entre Israel y Egipto en 1967, estados parte del Convenio. Por otra parte, la AP acepta la aplicación de la IV Convención de Ginebra, por eso es vinculante para las partes<sup>907</sup>. A pesar de que bajo la IV Convención es difícil determinar si Israel permanece como potencia ocupante en la Franja de Gaza, porque el fin de la ocupación significa que: otro gobierno no extranjero toma el control de la región, en este caso la AP<sup>908</sup>.

Para interpretar las obligaciones del Estado de Israel con los residentes de Gaza es necesario tener en cuenta la finalidad del derecho internacional: la protección de los civiles. Por eso al continuar la ocupación beligerante Israel está obligado a velar por la protección y el bienestar de la población<sup>909</sup>. Entre esas obligaciones incluye cooperar con la distribución<sup>910</sup> y supervisión de ayuda humanitaria, que ha sido bloqueada permanentemente por Israel en los TO, con el argumento de prevenir la entrada de armas para la organización de Hamas<sup>911</sup>.

---

<sup>906</sup> Art. 43, Regulaciones de la Haya. Ver, Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza.*, op. cit., p. 91.

<sup>907</sup> Stephanopoulos, Nicholas. "Israel's legal obligations to Gaza after the Pullout", op. cit., p. 527.

<sup>908</sup> Rostow, Nicholas. "Gaza, Irak, Lebanon. Three Occupation under International Law", op. cit., p. 220.

<sup>909</sup> IV Convenio de Ginebra, Artículo. 59

<sup>910</sup> El control que ejerce sobre el paso de mercancías dentro y fuera de Gaza, está sujeto a las disposiciones del PIDES.

<sup>911</sup> IV Convenio de Ginebra, Artículo. 61. HCJ 4169/2010, *Yiftach Cohen v. The Minister of Defense*, párr. 1. En este mismo sentido véase la decisión HCJ 209/09, *Physicians for Human Rights v. Primer Minister*, párr. 27 (president D. Beinisch) donde reconoce que aunque el ejército de Israel está luchando contra una organización terrorista que no respeta el derecho internacional y las obligaciones humanitarias, mientras Israel mantenga el control del suministro de las necesidades en la Franja de Gaza, está obligado por las disposiciones consagradas en el DIH. Donde debe proteger a la población civil y permitir el acceso entre otras cosas a las



Los bloqueos que impiden el paso de personas entre los TO fueron denunciados por la población palestina, porque no se utilizan sólo para el beneficio de la región sino para los intereses de la potencia ocupante. Esto constituye un acto ilegal al ser discriminatorio y equivale a un castigo colectivo utilizado por las autoridades israelíes. Lo que causa un perjuicio desproporcionado y vulnera los derechos humanos: derecho a la libre circulación, el derecho a la dignidad humana, a la salud y tratamiento médico<sup>912</sup>.

El TSI reconoce que los TO están bajo régimen de “ocupación beligerante” donde el comandante militar representa “the long arm of the state” pero no es una entidad soberana en el territorio y su autoridad está sujeta a las normas del derecho internacional público<sup>913</sup>. Cuando actúa conforme a su poder discrecional, tiene que cumplir con los principios de razonabilidad y discrecionalidad porque ‘Security considerations’ or ‘military necessity’ are not magic words<sup>914</sup>.

Sobre la ocupación del territorio el TSI se pronunció en relación con la prohibición de libertad de movimiento impuesta por el comandante militar, que imponía obstáculos a la población que vivía en los alrededores de una vía principal<sup>915</sup>. El TSI anuló la medida por falta de autoridad militar y por ser

---

instalaciones médicas, alimentos y agua, necesarias para mantener la vida civil. Sin embargo, a pesar de hacer una interpretación amplia de las obligaciones de la potencia ocupante, incluso después de la retirada, el TSI deniega la demanda por considerar que no hay motivos de justiciabilidad. Culpa rotundamente a la organización terrorista que actúa en Gaza como causante del sufrimiento de la población civil, pero no hace alusión a las posibles responsabilidades individuales de las FDI en determinados casos, sino que lo generaliza como daños colaterales inevitables en situaciones de conflicto. Donde se resalta que el combate que el Estado de Israel afronta no es “simétrico” en relación con la ley, por tanto, se vio obligado a defenderse frente a esos ataques, después de mucho tiempo de contención.

<sup>912</sup> Véase, HCJ 2150/07, *Ali Hussein v. Minister of Defense*, p. 7.

<sup>913</sup> *Ibidem.*, párr. 14.

<sup>914</sup> *Ibidem.*, párr. 27.

<sup>915</sup> *Ibidem.*, párr. 1. La carretera N° 443 está conectada con el área del intercambio de Ben Shemen en Israel cerca del asentamiento de Giv’at Ze’ev. La Carretera constituye una de las dos vías principales de tránsito que conducen a Jerusalén. El camino también sirve como ruta de acceso de los asentamientos israelíes en el sector. Hacia el año 2000 el uso de la carretera se limitó solo a los vehículos israelíes, restringiendo los viajes por esta carretera a la población palestina.

desproporcional, pero no entró a intervenir en las razones que motivaron esta decisión<sup>916</sup>.

La decisión no propone posibles acuerdos a futuro en materia de seguridad entre las partes, lo que deja a discreción de la autoridad militar decidir qué medidas tomar contra las amenazas a la seguridad de los residentes israelíes que usan la carretera. Reconoce la autoridad del comandante militar para crear estrategias que mantengan el orden y la seguridad, siempre y cuando cumplan con los criterios establecidos en la jurisprudencia del TSI<sup>917</sup>.

De acuerdo con la doctrina del TSI, el comandante militar no está autorizado para construir una carretera si el objetivo de esta planificación es destinado para uso de la población del Estado que representa. La ejecución puede ser llevada a cabo por razones militares en beneficio de la población local pero no con otra intención subyacente<sup>918</sup>.

En esta línea, la doctrina acepta el daño a la propiedad privada cuando hay un objetivo claro y es el de proporcionar una defensa apropiada a otros derechos humanos de la población que vive en el área ocupada. Sin embargo, establece siempre una condición necesaria para la validez legal de tal daño que satisface la justificación, donde se debe hacer un balance entre el objetivo que se quiere y los criterios establecidos por el derecho<sup>919</sup>. En este sentido, el análisis que hace es muy amplio y no determina cuáles son los criterios a tener en cuenta, lo que una vez más deja a discreción de la autoridad militar las razones por las cuáles puede desplazar los derechos fundamentales por un interés particular.

---

<sup>916</sup> *Ibidem.*, parr. 39.

<sup>917</sup> *Ibidem.*

<sup>918</sup> HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria*. (véase en esta sentencia la autoridad del comandante militar para hacer cambios dentro de la región siempre que sean necesario para beneficio de la población residente). Un resumen de la sentencia en inglés en *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 14, 1984. Ver, Daham, Leora. "Judicial review of the detention conditions of suspect terrorists (Center for defense of the individual v. IDF commander in the west bank and yassin v. commander of Kziot military camp)", *Israel Law Review*. 2002. Vol. 36, p.159. HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, párr.27.

<sup>919</sup> Véase, 10497/02, *Yoav Hass v. IDF Commander in West Bank*.

Esta disposición también aplica *mutatis mutandis* para el uso de la carretera toda vez que el comandante militar está autorizado a imponer restricciones a los viajes en la carretera, siempre y cuando sean para salvaguardar el orden público y la seguridad en las rutas de tráfico de la zona. No obstante, esa restricción no puede ser permanente para la población palestina porque se convertiría en una vía de uso exclusivo para los vehículos israelíes<sup>920</sup>.

Por otra parte, Israel tiene obligaciones con la población de Gaza de acuerdo con el DIDH por los compromisos internacionales derivados de los tratados que Israel es parte. Así mismo, los que son parte de la costumbre internacional aplicados conjuntamente con las disposiciones humanitarias, serán las fuentes jurídicas a tener en cuenta en las acciones militares de los TO.

Lo que importa en este sentido es la responsabilidad del Estado cuando ejerce el control sobre las personas<sup>921</sup>. Las personas que han sido detenidas por Israel y que se encuentran dentro del territorio de éste, seguirán siendo responsabilidad de Israel incluso después de la retirada de Gaza<sup>922</sup>.

#### **IV. Orden Público**

Dentro de las obligaciones de conformidad con el derecho internacional está el asegurar el orden público en la región. Lo que sugiere un problema para Israel porque se puede decir que es la función principal que tiene la potencia ocupante en el momento de la ocupación<sup>923</sup>.

Las actuaciones militares de Israel dentro de la región han suscitado muchos problemas en relación con la utilización del poder de manera desproporcionada y los cambios hechos en la región, justificados por la

---

<sup>920</sup> HCJ 2150/07 Ali Hussein v. Minister of Defense, p. 26.

<sup>921</sup> Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*, op. cit., p. 92.

<sup>922</sup> Véase, HCJ 8990/02, *Physicians for Human Rights v. Southern Military Commander*, HCJ 3799/02, *Adalah v. Central Military Commander*.

<sup>923</sup> Artículo 43 Reglamento de la Haya.

obligación de mantener el orden en la región. A pesar de la retirada y los problemas que esto supone para conseguir el bienestar y seguridad en la región, Israel está obligado a cooperar con las autoridades palestinas para lograr una economía independiente. Donde se puede tomar como punto de partida los acuerdos existentes con la AP, que generen procesos de cambio a la situación actual.

Ahora bien, la Franja de Gaza está bajo la autoridad de Hamas quien no tiene relaciones de cooperación con Israel y mantienen un enfrentamiento permanente, que no permiten llevar a cabo estas funciones en el ámbito del “orden público”. Así que cualquier acción de ayuda dentro de esta área deberá ser solicitada por las autoridades de Gaza, pero que plantea una situación difícil debido al conflicto de Israel con éstas<sup>924</sup>.

Sin embargo, la obligación de Israel con la región continua, aunque el alcance de esta aplicación dependerá de las dificultades que existan en el territorio, en este caso el conflicto que tiene con la autoridad de Hamas y la limitada intervención dentro de la región. Con lo cual, su responsabilidad se circunscribe a las acciones militares derivadas de los enfrentamientos que mantiene en el territorio. Obligaciones que son el resultado de la ocupación pero no de las condiciones locales.

## **V. Obligaciones bajo la legislación israelí**

El TSI ha reconocido la responsabilidad de los órganos del Estado israelí así actúen fuera de las fronteras, como un principio fundamental del Estado de Derecho. Donde el derecho administrativo obliga a todas las autoridades del Estado en sus acciones gubernamentales, en relación con la población nacional o extranjera, extensible también al comandante militar de los TO<sup>925</sup>.

---

<sup>924</sup> Rubin, Benjamin. Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties, op. cit., pp. 558-559.

<sup>925</sup> Bashir, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*, op. cit., p. 94.

Porque aunque las leyes del derecho israelí no son vinculantes en los TO la autoridad que actúa en la región, debe cumplir con estas disposiciones por ser un representante del Estado. Por eso no exime a la autoridad militar a cumplir con las obligaciones de las leyes de la guerra. La doctrina del TSI dispone que no se invocar el derecho administrativo para incumplir con los deberes y prohibiciones impuestas por el derecho internacional consuetudinario<sup>926</sup>.

Así mismo, dispone que tiene autoridad para revisar la validez de los actos del gobierno militar de acuerdo con los principios del derecho administrativo Israelí, para determinar si esos actos están conformes con las normas que obligan a los funcionarios israelíes y si el gobierno se aparta de las disposiciones establecida por las FDI. El TSI puede revisar los actos contrarios a la legislación local vigente en el momento de los hechos<sup>927</sup>.

Como hay dudas frente en Israel de las obligaciones con la población de los TO, causadas en parte las diferentes posturas doctrinales, es necesario que en caso de duda siempre prevalezca la protección de los derechos civiles y políticos de la población. Así mismo, entender que dentro del conflicto palestino-israelí ambas partes poseen derechos y obligaciones bajo el derecho internacional<sup>928</sup>.

### **3. La cuestión de los “palestinos del 48” y la legitimación de las medidas legislativas dirigidas específicamente sobre ellos**

#### **I. La Ley de Ciudadanía y Entrada en Israel**

Posterior a la creación del Estado de Israel en 1948 permanecieron alrededor de 150.000 palestinos y 60.000 adquirieron la nacionalidad israelí, el resto tuvieron que esperar a cumplir con los requisitos establecidos por la

---

<sup>926</sup> HCJ 69/81, *Abu Aita v. Regional Authority of Judea and Samaria*, op. cit., p. 40.

<sup>927</sup> *Ibidem.*, p. 2.

<sup>928</sup> Rostow, Nicholas. “Gaza, Irak, Lebanon. Three Occupations under International Law”, p. 221.

ley<sup>929</sup>; esta población pasó a ser una minoría dentro del Estado judío<sup>930</sup>. A efectos legales los árabes-israelíes gozan de los mismos derechos de ciudadanía, aunque la realidad es otra porque han sufrido de manera histórica la discriminación y falta de oportunidades por parte del Estado<sup>931</sup>.

Según la doctrina del TSI la definición del Estado de Israel como “Judío y democrático” no constituye un problema para la protección de los derechos fundamentales de grupos minoritarios dentro de este. Aunque a partir de la modificación de la ley de ciudadanía y la decisión del TSI cambia rotundamente esta afirmación tan extendida dentro de su jurisprudencia<sup>932</sup>.

La enmienda a la ley de ciudadanía dispone la prohibición por ley de otorgar permisos de residencia, naturalización o nacionalidad a cualquier persona de los TO, excluyendo a los habitantes de los asentamientos israelíes<sup>933</sup>. Lo que constituye una discriminación jurídica y viola el derecho a la

---

<sup>929</sup> Véase entre otros, Davis, Uri. “Conceptions of Citizenship in the Middle East, state Nation and People”. En Butenshon, Nils August; Davis, Uri; Manuel Hassassian (edts). *Citizenship and the State in the Middle East: approach and applications*. New York, Syracuse, 2000 pp. 54-55. Shafir, Gershon; Peled, Yoav. *Being Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship*. Cambridge, Cambridge University Press”, 2002, pp. 110-11.

<sup>930</sup> Mac Liman, Adrián. *Palestina: De la nación de refugiados al Estado Nación*. Madrid, Popular, 1995, p. 9.

<sup>931</sup> HCJ 727/00, *Committee of Heads of Local Arab Councils in Israel v. Ministry of construction and Housing*. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/00/270/007/n07/00007270.n07.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/00/270/007/n07/00007270.n07.pdf) [Consulta: 30 de marzo de 2011] HCJ 11163/03, *Supreme Monitoring Committee for Arab Affairs in Israel and others v. Primer Minister of Israel* (en esta sentencia se analiza la medida tomada por el gobierno de establecer “áreas de prioridad nacional en zonas periféricas del país” donde a los residentes y ciudadanos de estos lugares se les otorgó beneficios, incluso en la educación, y solo incluyeron unas ciudades árabes dentro de la prioridad nacional. El TSI determinó que la medida era discriminatoria y tenía que ser anulada, pero no analiza las acciones tomadas por el gobierno contra la población árabe. Por el contrario, sostiene que la medida pudo ser tomada sin ningún deseo de excluir a las ciudades árabes, aunque el resultado fue distinto y discriminatorio a su objetivo. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/03/630/111/a18/03111630.a18.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/630/111/a18/03111630.a18.pdf) [Consulta: 24 de abril de 2011]

Véase entre otros autores, Barak Erez, Daphne. “Israel Citizenship and immigration law in the vise of security, nationality and human rights”. *ICON*. Vol. 6, nº 1, 2008, p. 191. Barañeda Bajo, Isaías. *Identidad nacional y ciudadanía en el conflicto IsraeloPalestino. Los Palestinos con ciudadanía Israelí, parte del conflicto y excluidos del proceso de paz*. Director: Roberto Mesa Garrido; Francisco Aldecoa Luzárraga. Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 2004.

<sup>932</sup> Barak Erez, Daphne. “Israel Citizenship and immigration Law in the vise of security, nationality and human rights”, op. cit., p. 192.

<sup>933</sup> The Citizenship and Entry into Israel Law (temporary provision) 2003, Disponible en Web: [http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/citizenship\\_law.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/citizenship_law.htm) [Consulta: 30 de marzo de 2011]

igualdad de la población palestina a diferencia de los ciudadanos judíos que no tienen ese tipo de restricciones<sup>934</sup>.

Esta medida afectó principalmente a la población árabe-israelí porque si se casan con una persona de los TO, no gozan del derecho de reunificación familiar. Israel controla el registro de la población, las fronteras y mantiene la revisión para la expedición del documento nacional de identidad a través de la reunificación familiar<sup>935</sup>. Esta situación limita significativamente la inmigración palestina a Israel, como también impone restricciones en el contacto entre los padres residentes en Israel y los hijos que vive en los TO<sup>936</sup>.

La petición en contra de la enmienda a la ley fue presentada ante el TSI por las organizaciones de protección de los derechos civiles, pero teniendo en cuenta la violación de dos derechos fundamentales de los ciudadanos israelíes: derecho a la vida familiar, y el derecho de igualdad ante la ley, porque los palestinos no tenían el derecho de ir a Israel y presentar la demanda<sup>937</sup>. Otro argumento, fue el objetivo de la ley por establecer un control demográfico a causa de los matrimonios con los palestinos de los TO<sup>938</sup>.

Estas limitaciones las promulgó el Knesset justificando los ataques terroristas contra la población civil israelí, después del comienzo de la *Segunda Intifada*<sup>939</sup>. La nueva medida tenía un fin específico, evitar la posible ayuda a

---

<sup>934</sup> Véase, The law of Return. 1950, 5 July. *Sefer Ha-Chukkim*, núm. 51, p. 114. Disponible en Web: <http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/return.htm> [Consulta: 30 de marzo de 2011]

<sup>935</sup> Véase, Escudero Alday, Rafael. Segregados y reclusos: los palestinos y las amenazas a su seguridad, op. cit., pp. 40-41. Khalil, Asem. "Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory". *CARIMAS*, number 19, Roberth Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fisiolo: European University, 2009, pp. 1-2. B'Tselem. *Perpetual Limbo: Israel's Freeze on Unification of Palestinian Families in the Occupied Territories*, July, 2006, pp. 17-19. Disponible en Web:

[http://www.btselem.org/Download/200607\\_Perpetual\\_Limbo\\_Eng.pdf](http://www.btselem.org/Download/200607_Perpetual_Limbo_Eng.pdf) [Consulta: 2 de abril de 2011]

<sup>936</sup> *Ibidem.*, pp. 24-26.

<sup>937</sup> Barak Erez, Daphne. "Israel Citizenship and immigration Law in the vise of security, nationality and human rights, op. cit., p. 186

<sup>938</sup> Ben-Shemesh, Yaacov. "Constitutional Rights, Immigration and Demography: Following the High Court of Justice Judgment Concerning the Constitutionality of the Citizenship and Entry into Israel Law". *Law & Gov't*. vol. 10, 2006, p. 47. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>939</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 15. Para ver sobre los hechos que desencadenaron la segunda Intifada y la relación de los árabes-israelíes con la población de los TO, Al-Haj, Majid. "¿Whither the Green Line? Trends in the Orientation of the Palestinians in Israel and the Territories". *Israel*

terroristas palestinos por sus familias o amigos residentes en Israel; se tomó como medida transitoria<sup>940</sup> con el propósito fundamental de la seguridad<sup>941</sup>.

De acuerdo con la posición del gobierno, la seguridad a partir de la Segunda Intifada es definida en términos étnicos, donde el crecimiento de la población palestina a causa de los matrimonios con árabes-israelíes, el nacimiento de personas de origen árabe y la inmigración de personas que no son judías, hacen de este crecimiento demográfico una posible amenaza a la seguridad y al “carácter judío del Israel”<sup>942</sup>.

Esta percepción de la población judía de amenaza a la existencia del Estado aumentó con los atentados terroristas dentro de Israel, seguido del apoyo de algunos árabes israelíes a los grupos palestinos. Esto generó desconfianza en la población judía y el apoyo de medidas de represión contra la población palestina, en función de contener el conflicto y detener el terrorismo. Se puede decir que la percepción de la población israelí de ocupantes ha cambiado, porque ahora temen ser ocupados, lo que demuestra la causa de la pasividad de la población ante las acciones violentas en los TO<sup>943</sup>.

Este incremento de medidas hacia la población civil palestina ha sido denominado como “New Hegemony” que transformó el significado de la ciudadanía para “no-judíos” en un Estado Étnico-Judío. Donde se establecen políticas más limitadas a la población de los TO. Si Israel acentúa el carácter judío y hace que llegue el mensaje a toda la población, el aumento de personas

---

*Affairs*. Vol. 11, n° 1, January 2005, p. 198. Khalil, Asem. “Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory”, op. cit., p. 3.

<sup>940</sup> La ley tenía validez por un año y prevé que el gobierno con la aprobación del Knesset prorrogue su validez en una orden.

<sup>941</sup> Barak Erez, Daphne. “Israel Citizenship and immigration Law in the vise of security, nationality and human rights, op. cit., 185.

<sup>942</sup> Posición que ha sido rechazada por ser discriminatoria véase, Rouhana, Nadim. Redrawing the Boundaries of Citizenship Israel’s New Hegemony, op. cit., p.7. Véase, Arian, Asher. *Israeli Public Opinion on National Security 2000*. Tel Aviv, Jaffe Center for Stategic Studies, Memorandum N° 56, July, 2000, pp. 13-14. Disponible en Web:

[http://www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1190278199.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1190278199.pdf) [Consulta: 5 de abril de 2011]

<sup>943</sup> Rouhana, Nadim M; Sultany, Nimer. “Redrawing the Boundaries of citizenship: Israel’s New Hegemony”. *Journal of Palestine Studies XXXIII*, n° 1, Fall 2003, pp. 9-10.



que no que no comparte esa misma identidad será vista por el público judío como una amenaza a la seguridad<sup>944</sup>.

El modelo de “democracia étnica” ha sido ampliamente aceptado dentro de la sociedad israelí. Según Smootha, es un sistema que combina la extensión de los derechos civiles y políticos entre árabes y judíos, otorgando algunos derechos colectivos a la minoría con el dominio de un grupo étnico mayoritario; el Estado se identifica con la “nación étnica” y no con sus ciudadanos<sup>945</sup>.

Este caso aplicaría a la sociedad israelí donde hay predominio de la mayoría judía que se refleja en la representación y el poder institucional, pero que cuenta con un procedimiento democrático dispuesto para toda la población. Sin embargo, esto no garantiza la protección general porque en las democracias étnicas las minorías se ven desfavorecidas respecto a las políticas generales. Aunque pueda hacerse uso de la democracia para luchar por una mejor convivencia<sup>946</sup>.

Smootha sostiene que si continua este sistema étnico-democrático podría suponer una ventaja para la minoría árabe, porque una vez que se solucione el conflicto se pueden eliminar las restricciones hacia los árabes y gozarían de un reconocimiento nacional, no sólo como una minoría étnica sino de los derechos generales de la población judía. Este proceso debe ser siempre partiendo del diálogo y no a través del control<sup>947</sup>.

Peled acepta la clasificación de Israel como una democracia-étnica en este sentido señala “The citizenship status of its Arab citizens it’s the key to israel’s ability to function as an ethnic democracy, that is, a political system combining democratic institutions with the dominance of one ethnic group”<sup>948</sup>.

---

<sup>944</sup> *Ibidem*, pp. 5-6, 8.

<sup>945</sup> Smootha, Sammy. “Ethnic Democracy: Israel as an Archetype”. *Israel Studies*. Vol. 2, nº 2, 1997, p. 199.

<sup>946</sup> *Ibidem*, p. 200,

<sup>947</sup> *Ibidem*, pp. 233-235. (el autor sostiene que Israel no puede y no debe seguir siendo un Estado-sionista especialmente si quiere la paz).

<sup>948</sup> Peled, Yoav. “Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State”. *The American Political Science Review*. Vol. 86, nº 2, June 1992, p. 432.

Según este concepto, los arabes-israelíes gozan de los derechos civiles y políticos aunque de una forma más limitada que la población judía, sin embargo, a pesar de las restricciones que puedan tener han sido dotados de algunos derechos que permiten su lucha dentro del marco legal. Lo que es algo positivo de la legislación israelí, que ayuda para mantener un régimen democrático estable dentro del conflicto permanente que vive<sup>949</sup>.

El Estado de Israel representado por valores judíos otorga superioridad a quienes se sientan identificados con los objetivos del Estado, pero excluye en esencia a las minorías que no cuentan con el suficiente respaldo constitucional porque su esencia los excluye. Las políticas y estructuras son dirigidas sólo a un colectivo específico, dejando de lado los intereses institucionales de las minorías<sup>950</sup>.

Este modelo de democracia étnica sugerido por Smootha presenta deficiencias, porque el Estado de Israel apenas avanza en el desarrollo democrático. Su estructura se basa en la jerarquía de los judíos sobre los palestinos, donde no existe hasta la fecha una claridad de fronteras geográficas y políticas.

A su vez, Este modelo establece incoherencias en su aplicación porque no garantiza los derechos de igualdad, protección a las minorías, derecho a una ciudadanía y la demarcación de los límites de la soberanía, fundamentales en un sistema democrático. Puede crear una idea distorsionada de la democracia aceptando la desigualdad constitucional e institucional como parte del sistema democrático<sup>951</sup>.

---

<sup>949</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>950</sup> Ghanem, As'ad; Rouhana, Nadim; Yiftachel, Oren. Questioning "Ethnic Democracy": a Response to Sammy Smootha. *Israel Studies*. Vol. 3, nº 2, 1998, p. 258

<sup>951</sup> *Ibidem*., pp. 264-266.

## II. Cuestiones Constitucionales

El caso *Adalah*<sup>952</sup> es una decisión muy importante porque en esta materia no se había pronunciado el TSI. Analiza diferentes factores como las leyes básicas de Israel, su relación con la naturaleza judía y democrática del Estado, los desafíos que se encuentra un Estado cuando lucha contra el terrorismo y las medidas dictadas para proteger a la población.

Sobre la restricción de entrada en Israel, los demandados sostienen que un alto número de palestinos<sup>953</sup> que adquirirían la nacionalidad después del matrimonio con árabes-israelíes, ayudaban de distinta forma en los atentados terroristas: algunos estaban involucrados directamente, otros ayudaron a llevar los terroristas a Israel, algunos trabajaban en la inteligencia sobre objetivos de ataque.

Además alegaban que la reagrupación familiar no es un derecho de la población árabe sino una situación especial concedida por el Estado, y por eso tiene plena disposición para determinar cuándo es posible la autorización<sup>954</sup>. Algo que sin duda no es consecuente con la normativa internacional que establece como una obligación del Estado permitir la reunificación de la familia, cuando ha sido separada por resultado de una guerra. Esta es la situación de muchos palestinos afectados por las hostilidades dentro de los TO<sup>955</sup>.

Para resolver esta cuestión el TSI se enfrentó a varias preguntas al respecto: a) ¿Si la ley viola un derecho fundamental consagrado en las Leyes Básicas? ¿La violación del derecho fundamental cumple con la cláusula de

---

<sup>952</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*.

<sup>953</sup> *Ibidem.*, p. 26. Según las autoridades de seguridad, veintiséis residentes de los TO que contrajeron matrimonio y adquirieron la nacionalidad a causa de la reunificación, estaban implicados en ayuda y asistencia a los ataques terroristas contra la población israelí.

<sup>954</sup> Khalil, Asem. *Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory*, op. cit., p. 9.

<sup>955</sup> IV Convención de Ginebra, artículo 26: "Each party to the conflicts shall facilitate enquires made by members of families dispersed owing to the war, with the object of renewing contact with one another and of meeting, if possible".

limitación? ¿Qué consecuencias trae para la población afectada?<sup>956</sup> ¿Existe un control constitucional en tiempo de guerra?

La decisión planteada por el TSI refleja la división y tensión de los miembros en el momento de dirimir, porque la mayoría<sup>957</sup> reconoció que la enmienda viola los derechos constitucionales de los árabes-israelíes. Aunque se mostraron reacios a intervenir por la situación de amenaza a los ciudadanos israelíes por parte de los grupos terroristas de los TO.

El derecho analizado es el derecho constitucional israelí porque los derechos vulnerados se relacionan con las Leyes Básicas. La ley promulgada es una ley ordinaria que no puede ir en contra de los principios fundamentales de los derechos humanos, excepto si cumple con los requisitos establecidos en la cláusula de excepción: establecido en la Ley básica: Dignidad Humana y Libertad<sup>958</sup>. De acuerdo con ese principio se analizó los derechos del cónyuge israelí toda vez que desde el análisis jurídico, este puede recurrir a las leyes básicas a diferencia del cónyuge extranjero<sup>959</sup>.

Según Barak, los derechos fundamentales se reconocen en dos formas: en tiempos de paz y de guerra. No existen disposiciones en la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad que determinen su aplicación diferenciada en tiempos de guerra. A pesar de que otorga competencia al gobierno para promulgar reglamentos de emergencia que permiten una negación o restricción de estos derechos, deben ser siempre para un uso adecuado y no exceder en el tiempo.

Según la doctrina del TSI, el derecho constitucional israelí tiene un enfoque coherente de los derechos humanos que protege su aplicación en tiempos de calma y en situaciones de lucha<sup>960</sup>. Aunque parece evidente que en

---

<sup>956</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 14.

<sup>957</sup> Seis de los once jueces.

<sup>958</sup> Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad, op. cit.,

<sup>959</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 31.

<sup>960</sup> *Ibidem.*, p. 33.

situaciones de tensión pueden prevalecer los intereses generales sobre los particulares

### III. El Derecho a la vida familiar y la igualdad

El TSI no se pronunció sobre todos los aspectos relacionados con la familia sino que puntualizó sobre dos puntos principales: el derecho del cónyuge israelí a vivir con su esposo extranjero; y el derecho de los padres israelíes a vivir con sus hijos en Israel; así como, el derecho de los hijos israelíes a vivir con sus padres. El derecho a la vida familiar se encuentra reconocido y protegido por el derecho israelí a través de las diferentes disposiciones y estatutos que buscan fomentar y preservar la unidad familiar<sup>961</sup>.

De la misma forma dispuso que el derecho a la igualdad reconocido dentro de los valores democráticos judíos sea esencial. Establecido y desarrollado en la jurisprudencia como un derecho fundamental que obliga a toda entidad del Estado, como al Estado mismo, aplicarlo a todas las áreas en que este opera<sup>962</sup>. Porque en definitiva, la discriminación vulnera las relaciones entre los seres humanos y esto conlleva a destruir las relaciones personales y quebranta la democracia<sup>963</sup>.

En este sentido, la doctrina del TSI anterior a la Ley de Nacionalidad del 2003, consideraba que había discriminación hacia la población árabe si se basaba en motivos religiosos o por la nacionalidad, así lo destacó el juez I. Zamir:

“The principle of equality in this sense is the soul of democracy.

Democracy demands not only one vote for one person in elections, but

---

<sup>961</sup> *Ibidem*, p. 37. Véase, Einhorn, Talia. *Private International Law in Israel*. Netherlands, Kluwer Law International, p.167. Véase la crítica a la ley en: see Guy Davidov, Amnon Reichman, Ilan Saban, & Jonathan Yovel, *State or Family? The Citizenship and Entry to Israel Act (Temporary Order) 2003*, 8 Law & Gov't. Vol. 8, 2005, p.643. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>962</sup> HCJ 1113/99, *Adalah Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Religious Affairs*, p. 4. Disponible en Web:

[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/99/130/011/i13/99011130.i13.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/99/130/011/i13/99011130.i13.pdf) [Consulta: 31 de marzo de 2011]

<sup>963</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 44.

also equality for all at all times. The real test for the principle of equality is anchored in the treatment of the minority: religious, national or other. If there is no equality for the minority there is no democracy for the Majority”<sup>964</sup>.

Esta jurisprudencia destaca el derecho a proteger las minorías religiosas o nacionales como un derecho universal y una obligación del Estado. Dispone que las personas que viven legalmente en Israel tengan los mismos derechos de los demás ciudadanos o residentes y señaló que en este sentido, no existe contradicción con los valores del Estado democrático<sup>965</sup>.

Ahora bien, en *adalah* hace un análisis sobre el derecho a la vida familiar y su relación con la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad, pero no analiza el vacío legal que tiene al no contemplar directamente este derecho. Sino que hace una interpretación amplia del derecho a la dignidad humana, e incluye el aspecto de la autonomía individual a tener una vida familiar. Concluye que protección de este derecho se deriva de la interpretación constitucional<sup>966</sup>.

Al mismo tiempo, analiza las normas derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en Israel, que en la aplicación plantea problemas de interpretación. Parte del reconocimiento del hombre como persona libre que goce del derecho a desarrollar sus habilidades como quiera dentro de la sociedad, basado en su derecho a la Dignidad y Libertad de Expresión.

Como se puede observar, la interpretación del TSI fue amplia adhiriendo el derecho a una vida familiar a los principios y derechos fundamentales en el Estado de Israel, toda vez que estos no se menciona de manera expresa en las Leyes Básicas. Aunque puntualiza que no todos los aspectos de la vida familiar se derivan de la dignidad humana y por esto se centró en los derechos que si

---

<sup>964</sup> HCJ 6924/98, *Association for Civil Rights in Israel v. State of Israel*, p. 10.

<sup>965</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>966</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 46-47. Véase, Kretzmer, David. “Human Dignity in Israeli jurisprudence”. En, Kretzmer, David; Klein, Eckart (eds.). *The concept of Human Dignity in human rights discourse*. The Hague, Kluwer Law International, 2002, p.162

derivan de ésta, partiendo del reconocimiento de la familia como unidad constitucional<sup>967</sup>.

Establece el derecho a la vida familiar no solo como un derecho consuetudinario sino como un derecho constitucional consagrado en la dignidad humana, siendo ese derecho parte fundamental del Estado de Israel. Según el TSI, un israelí goza del derecho a tener una unidad familiar en virtud de la ley de igualdad respecto de otras parejas de Israel<sup>968</sup>.

Ahora bien, la respuesta a si la Ley de Ciudadanía y Entrada en Israel viola el derecho a la igualdad, la respuesta es afirmativa, porque no se permite al cónyuge vivir con su familia en Israel. También viola el derecho a la dignidad humana de padres e hijos que no pueden estar juntos<sup>969</sup>.

#### **IV. El concepto de igualdad**

La doctrina del TSI en este sentido se basa en que la igualdad no exige un trato idéntico para todas las personas. Por eso, no toda distinción constituye una discriminación, porque la igualdad entre las personas que guardan grandes diferencias entre si es algo ilógico. De manera que se permite la discriminación si la diferencia de trato entre las personas se deriva de su condición personal y en ocasiones con el objetivo de conseguir precisamente la igualdad, se debe tratar a las personas diferente<sup>970</sup>.

Por eso en relación con la reunificación familiar considera que cuando las familias quieran traer su cónyuge de los TO, están poniendo en peligro la seguridad. Por eso existe una justificación objetiva de limitar ese derecho

---

<sup>967</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 49. Véase, HCJ 5039/09, *Daya v. Goc Central Command et al. Petition for Order Nisi* (en esta sentencia habla de la petición de una residente del Este de Jerusalén a entrar a Gaza, donde están sus hijos y esposo. La petición fue denegada por las autoridades militares, violando el derecho a la vida familiar dispuesto en el derecho internacional humanitario). Disponible en Web: <http://www.hamoked.org/Document.aspx?dID=111800> [Consulta: 20 de abril de 2011]

<sup>968</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 60-61 (opinión Barak Aharon).

<sup>969</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>970</sup> HCJ 2461/8, *Agudat Derekh Et. Al v. Broadcasting Authority Et. Al*, pp. 2-3

porque hay una evaluación de los posibles riesgos para los ciudadanos y residentes en Israel. El TSI concluye que eso no quiere decir en definitiva que todos los solicitantes del derecho a la reunificación familiar constituyen un peligro para el Estado<sup>971</sup>.

Ahora bien, la ley como tal viola el derecho constitucional porque vulnera el derecho a la igualdad, puesto que la mayoría de parejas que solicitan la entrada de sus cónyuges a Israel son árabes-israelíes. Según la doctrina del TSI esto no indica que sea inconstitucional porque hay violaciones a los derechos humanos, protegidos dentro de las Leyes básicas que se justifican por medio de la “clausula de limitación”. Por consiguiente, en el derecho constitucional israelí no todo acto de discriminación se considera inconstitucional<sup>972</sup>.

En esta línea, la ley se dictó para un fin propio que corresponde con los valores del Estado y no se considera una medida desproporcionada porque hay unas razones justificadas. Basado en el equilibrio que se haga entre los derechos de los individuos y las necesidades de la sociedad. Toda vez que esto se debe basar en un principio de proporcionalidad<sup>973</sup> que es el elemento central de la “clausula de limitación” utilizada por el TSI. Lo que intenta es determinar la proporcionalidad de la medida tomada, porque los derechos humanos no son absolutos, sino relativos<sup>974</sup>.

El TSI acepta que en algunas situaciones la violación de un derecho individual sirve para la protección de los derechos de la sociedad en su conjunto. Por eso el papel de la “clausula de limitación” es determinar la validez de la legislación ordinaria, que viola los derechos humanos, siendo esta parte integral de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad.

---

<sup>971</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., pp. 65-66 (opinión Barak)

<sup>972</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>973</sup> Véase en este sentido, Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York, Oxford University Press, 2005, pp. 1-15. Ellis, Evelyn. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 1999.

<sup>974</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, p. 75.



Las restricciones a los derechos humanos son diferentes dentro de los que se pueden destacar: la seguridad nacional y la seguridad pública, siendo la seguridad un valor fundamental dentro de la sociedad israelí<sup>975</sup>.

En este sentido el Juez D. Dorner sostiene:

“(...) without security, it is not possible to protect human rights and other protected interests. But like human rights, even this value is not absolute; a balance is required between the interest of maintaining security and other protected rights and interests that conflict with it”<sup>976</sup>.

En el equilibrio entre la libertad y la seguridad que se busca en la democracia los derechos humanos no se pueden convertir en un mecanismo para negar los derechos y necesidades de la sociedad a ser protegida por el Estado, aunque sea en situaciones de tensión<sup>977</sup>.

Las partes contrarias a la ley sostienen que el verdadero objetivo es: la intención gubernamental del control demográfico y no el argumento de la seguridad. Porque con la Ley se busca limitar el aumento de la población árabe en Israel por medio del matrimonio con personas de los TO, lo que constituye una violación a la igualdad y una medida desproporcionada<sup>978</sup>. Algo que no fue apoyado por los magistrados del TSI dadas los antecedentes legislativos y el contenido de las disposiciones legales<sup>979</sup>.

En este sentido, sostiene que es permitida la entrada de residentes de los TO para trabajar de manera temporal en Israel, lo que demuestra que en realidad el propósito de la Ley no es el de la seguridad. Porque la entrada de

---

<sup>975</sup> Khalil, Asem. “Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory”, op. cit., pp. 9-10.

<sup>976</sup> HCJ 5627/02, *Saif v. Government Press Office*, p. 7.

<sup>977</sup> Khalil, Asem. “Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory”, op. cit., pp. 7-8.

<sup>978</sup> *Ibidem.*, pp. 4-5.

<sup>979</sup> El argumento era que la ley es temporal y no hay interés de formular una política demográfica a largo plazo sino que fue creado para las necesidades del momento. HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p. 100. Véase, B’Tselem. *Renewal of Deportation of Women and Children from the West Bank on Account of “illegal Residency”*. October, 1991, p. 9.

trabajadores también supone un riesgo. Por consiguiente, denuncian que el objetivo principal es el “control demográfico”<sup>980</sup>. El TSI rechaza este argumento y manifiesta que es diferente porque estos trabajadores no permanecen mucho tiempo en el Estado y no tienen libertad de movimiento, porque gozan de permisos temporales<sup>981</sup>.

En relación con las características de la Ley de Ciudadanía y Entrada en Israel y su propósito, el TSI considera que justifica la violación del derecho de los cónyuges a tener una vida familiar, porque tiene como objetivo: garantizar la seguridad del Estado de Israel, la vida humana, mediante la reducción de los riesgos que pueden ocasionar los cónyuges palestinos que viven en los TO. A su vez, se protege la vida, la Dignidad y Libertad de los ciudadanos israelíes<sup>982</sup>.

Por otra parte, establece que existe una conexión racional entre la Ley y la reducción del riesgo que conlleva aprobar permisos de residencia y nacionalidad, así como las medidas tomadas para evitar posibles atentados suicidas. Dispuso que no fue posible tomar medidas individuales que analizaran el riesgo de cada persona para el Estado, porque pueden pasar varios años hasta que esto suceda<sup>983</sup>.

El TSI concluye que el sistema legal de Israel reconoce el derecho de una persona a la vida familiar como parte de la dignidad humana, y el cónyuge de Israel tiene derecho a una unidad familiar en condiciones de igualdad respecto

---

<sup>980</sup> Esta restricción de unificación familiar también aplica para la población palestina que es residente en el Este de Jerusalén. Véase, B'tselem. *Forbiddem Families: Family Unification and Child Registration in East Jerusalem*. January, 2004, p.5-11. Ngos Monitor Reports. *NGOS Condem Israel For Citizenship Rules, Ignoring Context Impact*. Vol. 1, nº 12, August 20, 2003. Disponible en Web: <http://www.ngo-monitor.org/article.php?id=925> [Consulta: 4 de abril de 2011] Rouhana, Nadim M. “Redrawing the Boundaries of Citizenship: Israel’s New Hegemony”, op. cit., p. 13-15.

<sup>981</sup> HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, op. cit., p.101

<sup>982</sup> El PIDCP en el artículo 4.1 permite derogar las obligaciones del Estado con la familia “in time of public emergency which threatens the life of the nation” y solo cuando la situación lo requiera. En el caso de Israel esa medida ha sido tomada como preventiva y posterior al incremento de ataques contra la población, pero no es proporcional porque afecta a familias que no han participado dentro de los actos de terror y por consiguiente constituye un castigo colectivo.

<sup>983</sup> B'tselem. *Perpetual Limbo: Israel's Freeze on Unification of Palestinian Families in the Occupied Territories*, op. cit., p. 39. HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, pp. 102-103.

de otras parejas. Aunque la Ley de Ciudadanía y Entrada en Israel destinada a un fin propio no cumple con las condiciones de proporcionalidad, prevalecen los argumentos de seguridad del Estado en su totalidad<sup>984</sup>.

Reconoce entre los derechos humanos el derecho a la familia como fundamental, y prevalece sobre otros derechos: la propiedad, la libertad de ocupación e incluso la privacidad e intimidad. Sin embargo, cuando está frente a una necesidad social urgente, el interés de la seguridad tiene prioridad sobre todo si está de por medio la amenaza del derecho a la vida<sup>985</sup>.

Aunque dentro de la sentencia se recomendó al Estado considerar la inclusión en la ley de una excepción que permita por consideraciones humanitarias y en ausencia de cualquier sospecha de riesgo a la seguridad nacional, conceder el permiso de entrada a Israel; no fue más que una recomendación sin ningún efecto posterior<sup>986</sup>.

### **A. Posición del Estado**

En relación con esta ley de reunificación familiar, el Estado de Israel sostiene que la medida es necesaria para proporcionar seguridad a la población israelí y no busca evitar la entrada de manera discriminatoria a los habitantes de los TO. La autorización a residir en Israel otorga libertad de movimiento y permanencia dentro del Estado, lo que hace difícil el control de las personas, que en ocasiones se ha comprobado su participación y ayuda en actividades terroristas contra la población<sup>987</sup>.

Por otra parte, estas personas tienen familiares dentro de los TO y es posible que sean presionadas por las organizaciones terroristas para obtener ayuda a cambio de no hacer daño a su familia. Por lo tanto, la concesión de permisos aumenta la posibilidad de peligro para la población israelí.

---

<sup>984</sup> *Ibidem.*, pp. 254-255.

<sup>985</sup> *Ibidem.*, pp. 259-260.

<sup>986</sup> *Ibidem.*, pp. 218-302. Recomendación hecha por M. Cheshin; Y. Adiel.

<sup>987</sup> B'Tselem. *Forbiddem Families: Family Unification and Child Registration in East Jerusalem*, op. cit., p. 12-13.

Estas medidas fueron justificadas por tres razones: la población palestina apoya en su mayoría la lucha contra Israel y los ataques suicidas; algunas personas que recibieron el permiso de residencia posterior al matrimonio, se comprobó que participaron en ataques contra Israel o ayudaron en su ejecución; esas personas a pesar de estar integrados dentro de la sociedad israelí mantienen relaciones estrechas con sus familias y lealtad con las instituciones y organizaciones de los TO<sup>988</sup>.

De manera que es difícil para los SGS prever el peligro y los posibles ataques a la seguridad del Estado, que puede surgir en cualquier momento. Por tanto, el Estado debe proteger a los ciudadanos y residentes de posibles ataques y por eso la ley debe ser vista como el cumplimiento a esa obligación.

A su vez, el TSI sostiene que dentro de los permisos concedidos para la reunificación familiar veinte seis personas estuvieron involucradas en ataques terroristas contra la población israelí. Pero no especifica cuál fue la intervención de estos, como tampoco las estadísticas del número de personas que han obtenido permisos y el porcentaje de intervenciones en los atentados terroristas.

El análisis se centra en explicar la necesidad de la medida tomada y la constitucionalidad de la ley, como también evaluar el cumplimiento con la clausula de limitación<sup>989</sup>.

## **B. Resultados de las políticas aplicadas por las autoridades de seguridad**

Las políticas aplicadas por el gobierno y las autoridades de seguridad de los TO, han generado una situación de irregularidad en la población palestina

---

<sup>988</sup> *Ibidem.*, p. 14. Barak Erez, Daphne. "Israel Citizenship and immigration Law in the vise of security, nationality and human rights, op. cit., p. 185. Véase, HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*, p. 27.

<sup>989</sup> *Ibidem.* 28-29., Los ataques a la población civil no solo han sido cometidos por personas que tienen el permiso para residir o vivir temporalmente en Israel, sino que han sido perpetuados por palestinos que entran de manera ocasional a Israel. Como también los ataques que vive la población cuando llegan los cohetes lanzados desde los TO a las poblaciones cercanas.

dentro de su propio hogar. Porque estas medidas afectan no solo a las solicitudes de residencia en Israel sino a personas no residentes dentro de los TO que solicitan el permiso de reunificación<sup>990</sup>.

Permisos que no han sido expedidos o son provisionales como el estatus de “visitante” que podía ser renovado cada seis meses, pero que en algunos casos simplemente no era concedido, sin justificar la causa de la denegación. Como el argumento siempre ha sido la amenaza a la seguridad en la mayoría de los casos no se dijo cuáles amenazas podían ser<sup>991</sup>.

Otros que se vieron afectados por las medidas tomadas por el gobierno de Israel fueron los residentes palestinos en el Este de Jerusalén, que están sujetos a las regulaciones municipales y a las leyes de Israel. Ley de Propiedades de Ausentes de 1950 modificada por Israel en el año 1967, dispuso que en la anexión de Jerusalén Este, toda propiedad en la que no estuviera el propietario en el momento del censo se confiscase. Lo que permite observar la falta de conexión entre el derecho y el objetivo real de proteger la seguridad, porque no es una medida proporcional a los hechos<sup>992</sup>.

Esta medida obligaba a las familias a abandonar la zona por temor a ser deportadas a la fuerza<sup>993</sup>, aunque otras optaron por quedarse en los TO convirtiendo su estancia en ilegal. La respuesta de la administración Civil sostiene que las reunificaciones familiares son un privilegio y no un derecho natural. Como resultado de esta política hay un grupo importante de palestinos

---

<sup>990</sup> B'tselem. *Renewal of Deportation of Woman and Children from the West Bank on Account of “illegal Residency”*, op. cit., p. 6.

<sup>991</sup> Véase, Israeli Information Center for Human Rights in the Occupied Territories, 8 Sep 2011, p. 54. Ver la situación de los palestinos residentes en Jerusalén y las órdenes de expulsión, Cook, Jonathan. *The Jerusalem Expulsions*. Jerusalem, April 14, 2011. Disponible en Web: <http://www.counterpunch.org/cook04142011.html> [Consulta: 20 de abril de 2011.] Los palestinos que tienen permiso de residencia en Israel, pero que viven más de siete años en el extranjero y no puedan probar que la ciudad de Jerusalem es su “centro de vida” (lo que incluye los que tienen pasaporte extranjero o de residencia), se les cancela el permiso. Por lo que tienen que solicitar un visado de tan sólo tres meses. Véase, Hamoked. “Revocation of residency status from permanent residents of Jerusalem” (correspondence between Ministry of Interior and Adv. Yotam Ben-Hillel), November 5, 2009. Disponible en Web: [http://www.hamoked.org/items/110587\\_eng.pdf](http://www.hamoked.org/items/110587_eng.pdf) en línea: 20-04-2011.

<sup>992</sup> B'Tselem. *Perpetual Limbo: Israel's Freeze on Unification of Palestinian Families in the Occupied Territories*, op. cit., p. 41.

<sup>993</sup> B'Tselem. *Renewal of Deportation of Woman and Children from the West Bank on Account of “illegal Residency”*, op. cit., p. 7.

que son ilegales y no gozan de ningún tipo de derechos dentro la región, incluyendo a menores de edad<sup>994</sup>.

Esta situación fue denunciada en varias ocasiones por las organizaciones humanitarias pidiendo el cese de las deportaciones y la concesión de permisos a las familias. Algo que cambió la posición en algunas ocasiones de la Administración Civil pero que no fue una situación definitiva porque con el transcurso de los años las medidas han sido más restrictivas<sup>995</sup>.

La jurisprudencia del TSI en relación con las familias palestinas no tiene en cuenta el derecho internacional, sino que las disposiciones que aplican son las del derecho israelí. A pesar que los Estados se reservan el derecho a decidir en materia de extranjería, hay instrumentos internacionales que vinculan a Israel y protegen a las familias de los TO contra las decisiones contradictorias al DIDH y el DIH.

Estas normas disponen la protección de la familia como un núcleo fundamental de la sociedad y por tanto, tienen derecho a la protección del Estado ocupante. Tiene la obligación de salvaguardar los derechos de la familia de cualquier ataque contra su “honor y reputación”<sup>996</sup>. Aunque Israel argumenta que no interfiere en el derecho y libertad de toda persona a contraer matrimonio, sí obstaculiza en especial el goce de este derecho a la población

---

<sup>994</sup> Cuando empezó la Guerra de los Seis Días muchas familias se dividieron a causa del conflicto porque estaban fuera del territorio y cuando regresaron no se permitió su entrada. Se realizó un censo y se incluyó sólo a los que tuvieran un permiso vigente, lo que ocasionó la expulsión de muchas familias que no cumplían con este requisito. Tenían que solicitar un permiso de reunificación familiar que en muchos casos no se concedió. B'tselem. *Renewal of Deportation*, p. 8-9. Guy Davidov, Guy; Reichman, Amnon; Saban, Ilan; Yovel, Jonathan. *State or Family? The Citizenship and Entry to Israel Act (Temporary Order) 2003*. *Law & Gov't*. Vol. 8, 2005. (en hebreo, traducción por la autora).

<sup>995</sup> B'tselem. *Renewal of Deportation of Woman and Children from the West Bank on Account of "illegal Residency"* p.10. Véase, HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. Minister of Defense*. En esta sentencia se denuncia la deportación de 415 residentes de Judea y Samaria. Disponible en Web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/92/730/059/Z01/92059730.z01.pdf) [Consulta: 3 de abril de 2011] Human Rights Watch. *Israel: New Laws Marginalize Palestinian Arab Citizens*. March 30, 2011. Disponible en Web: <http://www.fmep.org/analysis/analysis/israel-new-laws-marginalize-palestinian-arab-citizens> [Consulta: 4 de abril de 2011]

<sup>996</sup> Véase, DUDH, artículos, 12, 16.

palestina, al prohibir la libre circulación entre Israel y los TO mediante la reunificación familiar<sup>997</sup>.

En este caso que Israel es la potencia ocupante debe velar por la protección y asistencia de la familia en la educación de los menores de edad. Algo que se incumple cuando son denegados los permisos de residencia y nacionalidad a los niños nacidos dentro de los TO, que solicitan vivir con sus padres en Israel. O a su vez, los nacidos dentro de Israel de origen palestino cuando alguno de sus padres no es residente<sup>998</sup>.

Israel tiene el derecho de mantener la seguridad en la región y, puede limitar la entrada de personas no nacionales cuando hay una amenaza a la seguridad de la fuerzas de ocupación. No obstante, esto no es un derecho absoluto que permita menoscabar los derechos fundamentales de los padres e hijos<sup>999</sup> a estar juntos; porque dentro del bienestar de la región está el bienestar de la familia<sup>1000</sup>. Ese derecho solo puede ser limitado en ciertas circunstancias cuando así lo requiera la situación<sup>1001</sup>.

Dentro de las ultimas políticas gubernamentales que limitan los derechos de los árabes israelíes, está la nueva ley aprobada por el Knesset que faculta a los jueces para revocar la ciudadanía a toda persona: declarada culpable de espionaje; traición; ayudar al enemigo en tiempos de guerra; terrorismo contra el Estado o cometer actos de violencia con motivos nacionalista. Esta medida que fue rechazada por los activistas de derechos humanos al considerarla una

---

<sup>997</sup> Dispuesto en el PIDCPC, artículos: 17, 23.3. Donde dispone del derecho al reconocimiento y goce de la familia.

<sup>998</sup> En estos casos, Israel está en la obligación como potencia ocupante de proteger a la familia en general, véase, PIDESC, ratificado por Israel en 1991, artículo 10.1. IV Convención de ginebra de 1949, artículo 27. (dispone la protección de la familia en todas las circunstancias).

<sup>999</sup> CDN, 20 de Noviembre de 1989, Israel lo ratifico el 3 de Octubre de 1991, artículo 10.1.

<sup>1000</sup> B'Tselem. *Perpetual Limbo: Israel's Freeze on Unification of Palestinian Families in the Occupied Territories*, op. cit., p. 38. Véase, I Protocolo de Ginebra Convenios de 1977, artículo 74. Aunque este artículo no dispone de manera específica qué hacer en situaciones de ocupación prolongada sí demuestra el reconocimiento internacional que tienen los Estados hacia la protección de la familia en situaciones de guerra.

<sup>1001</sup> Artículo 17.1 del PIDCP.

decisión no democrática, justificada por la necesidad de defender el Estado judío<sup>1002</sup>.

Otra vez se observa cómo se obstaculiza el derecho a vivir en familia y el derecho a tener una ciudadanía. Lo que se explica siempre desde la necesidad del Estado de proteger la población para evitar los posibles ataques suicidas. Pero que en el fondo tiene el objetivo de castigar a los que no están conformes con las políticas del Estado.

---

<sup>1002</sup> Allyn Fisher-Ilan. *Israel eases steps to revoke citizenship*. Tuesday March 29, 2011. Disponible en Web: <http://www.jmcc.org/news.aspx?id=2541> [Consulta: 12 de abril de 2011]



## CONCLUSIONES

1. El desarrollo constitucional en Israel ha tenido cambios significativos durante los últimos años. Los derechos fundamentales dentro de este nuevo sistema se centran principalmente en el individuo, pero en toda su plenitud y extensión sólo protege a las personas pertenecientes a la mayoría judía. Es decir, los derechos de los individuos están ligados con la pertenencia a un Estado definido como “Estado judío”; el judaísmo con su sistema ideológico y valorativo impide proteger adecuadamente los derechos de las minorías y las excluye de la igualdad civil

2. El sistema jurídico israelí se ha creado partiendo de una visión socio-política que considera al sionismo como único y legítimo, que deja por fuera los intereses, derechos de las minorías y niega la igualdad civil reconocida en cualquier democracia. La alusión permanente de las Leyes Básicas al carácter judío del Estado no contribuye al desarrollo del sistema democrático israelí, porque en realidad la exigencia simultánea de que un Estado sea “Judío y democrático” crea una contradicción insalvable como lo sería por ejemplo exigir que un Estado fuera “cristiano y democrático” o “blanco y democrático”.

En este sentido, el TSI ha jugado un papel importante en esta tensión estructural e ideológica, porque aplica los valores y principios jurídicos del Estado, y al mismo tiempo las disposiciones internacionales que otorgan iguales derechos entre las personas. La jurisprudencia de éste ha contribuido en gran medida a la protección de los derechos fundamentales, creando una cultura de los derechos humanos. Ahora bien, no ha seguido la misma política coherente cuando se trata de los derechos civiles de la población árabe-israelí, ni muchos menos de la población de los TO. Por este motivo, el Estado de Israel debería adoptar una “Ley de Protección de Minorías” para que las diferentes minorías étnicas, religiosas o lingüísticas que vivan dentro de Israel tengan los mismos derechos que la población judía.

3. El empoderamiento constitucional en Israel se puede decir que ha contribuido al desarrollo de la protección de los derechos humanos pero en mayor medida de la población judía, con escasa eficacia en la protección de los derechos de los palestinos residentes en los TO. Falta un pleno desarrollo constitucional.

4. La jurisprudencia del TSI hasta la fecha de la promulgación de las Leyes Básicas de 1992, no tuvo en cuenta los estándares del derecho internacional en materia de derechos humanos. Pero el Derecho Internacional de los derechos humanos podría servir como base para la interpretación de la legislación, en especial las dos Leyes Básicas sobre derechos humanos.

5. En efecto si bien, el TSI tuvo una posición pasiva frente a las acciones del Estado antes de 1970, a partir de esta fecha toma una posición más crítica y de mayor imposición de la normativa internacional debido a la legitimidad que adquirió. Sin embargo, fue totalmente diferente su posición respecto a los TO: ni siquiera a partir de 1992 la legislación promulgada en materia de derechos humanos tuvo repercusión a favor de la población de los TO, ni cambió su situación.

6. Las leyes Básicas: “Dignidad Humana y Libertad, y “Libertad de Ocupación” no representan en realidad un documento constitucional porque tienen una supremacía limitada dentro del sistema jurídico. Esa posición se ve reflejada en la “clausula de limitación” que permite en determinadas ocasiones no cumplir con sus disposiciones por el “interés general y los intereses del Estado judío”, sin que exista una obligación de controlar la legalidad de estas exenciones.

7. La falta de efectividad protectora de las Leyes Básicas va sin duda ligada al conflicto israelí-palestino y a los ataques terroristas contra la población israelí, porque la presencia de una constante amenaza a la seguridad, ha condicionado significativamente el avance en la protección de los derechos humanos, y permitido al Knesset renovar periódicamente el Estado de Emergencia en Israel.

8. Es necesario adoptar una ley que regule el Estado de Emergencia para poder garantizar la plena eficacia del sistema Jurídico y constitucional, de modo que la imposición de ese régimen se produzca en situaciones de necesidad para la protección de intereses esenciales del Estado y durante un limitado periodo de tiempo. La duración indefinida de esa situación puede generar una cultura totalmente distinta a la democrática.

9. La adopción formal de una Constitución en el Estado de Israel serviría para consolidar el desarrollo constitucional y permitir así la protección plena protección de los derechos fundamentales sin restricciones por raza, credo o religión, lo que resultaría beneficioso para la solución del conflicto israelí-palestino; en ese caso las decisiones que toma el TSI respecto a las acciones del gobierno militar en los TO tendrían un respaldo normativo. El derecho internacional puede servir como modelo para el desarrollo jurídico de futuras Leyes Básicas en materia de protección de los derechos fundamentales.

10. El cambio progresivo en la jurisprudencia israelí ha traído consigo una mayor relevancia el significado de las normas del derecho internacional, en algunas ocasiones incluso aplicando instrumentos internacionales que no han sido incorporados dentro del derecho interno de Israel. Estos avances han servido para mejor protección de los derechos humanos no sólo dentro de Israel sino también en los TO.

11. En el caso de la aplicación del derecho internacional en los TO sin embargo, no se puede decir que haya sido una práctica constante y consecuente, porque su aplicación en algunos casos es difusa o muy restrictiva sobre todo cuando entran a primar los intereses del Estado, en temas tan sensibles como “la seguridad o los asentamientos judíos”. El TSI en determinadas ocasiones prefiere desaplicar las disposiciones internacionales y aplicar exclusivamente el derecho interno.

12. El TSI no aplica la IV Convención de Ginebra cuando las disposiciones no están relacionadas con situaciones humanitarias, no porque

desconozca el valor de este instrumento, sino porque no ha sido “transformado en derecho interno de Israel. Esta situación constituye una dificultad insoluble a la hora de interpretar las obligaciones del Estado de Israel dentro de los TO.

Si es cierto que con el paso de los años la jurisprudencia del TSI ha sido influenciada por la IV Convención de Ginebra puesto que ha realizado un análisis del derecho interno israelí de acuerdo con sus disposiciones. En la práctica las políticas efectivas del gobierno suelen ser totalmente contrarias a las disposiciones de dicha Convención de Ginebra y la propia doctrina del TSI.

13. Como no existe una revisión judicial de las actividades militares en los TO, el control establecido por el TSI casi siempre se ha derivado de las reclamaciones que se presentan y no por el control constitucional de la actuación militar. Ello permite ahora en cierta medida restringir las decisiones militares ilegales, porque hay un control sobre las FDI que fuerza a actuar de manera más limitada.

14. Así la negativa gubernamental de aplicar la IV Convención de Ginebra de manera general en los TO, el TSI puede jugar un cierto papel relevante al crear una jurisprudencia que aplicase los principios de la Convención partiendo de las Leyes Básicas que reflejan los valores de ésta. Y seguir la misma línea de ahora, en su aplicación del derecho internacional a pesar de no haberse transformado en derecho interno.

15. Aunque se ha conseguido algunos logros en materia de protección de derechos humanos en los TO, el papel del TSI ha fracasado en aspectos esenciales porque se ha consolidado en ellos un doble sistema legal, uno para los árabes palestinos y otro para los colonos judíos. La necesidad de protección de los asentamientos ha contribuido a dictar un sin número de órdenes que van en contraposición con los derechos fundamentales de la gran parte de la población. Ello ha generado una gran inseguridad jurídica porque las decisiones del TSI sobre las peticiones de los habitantes de los TO no siempre han sido decididas conforme a principios y normas de un mismo sistema legal.

16. Este doble sistema legal creado conforme a los interés de seguridad del Estado de Israel, responden a la presión política del gobierno de Israel que otorgue a los asentamientos judíos una medida de protección y una legitimidad a la posesión de la tierra, que es respaldado por el Knesset mediante la promulgación de leyes adecuadas a los intereses de los israelíes residentes en los TO.

Así, el gobierno militar ha dictado órdenes que se aplican solo a la protección de los asentamientos judíos. Aunque en la teoría las leyes dictadas por el Knesset y el gobierno militar se aplican a los habitantes en las zonas rurales y a los asentamientos judíos, en la práctica solo van destinadas a la población palestina porque los colonos judíos se rigen por el derecho israelí.

17. Las negociaciones llevadas a cabo por los palestinos e israelíes han dejado de lado hasta ahora un tema importante como es el del régimen de los asentamientos judíos, que ha generado una estructura legal y administrativa creada a partir de la ocupación, que va a plantear problemas en futuras negociaciones.

18. La Segunda Intifada y los atentados suicidas perpetrados dentro de Israel han ocasionado que el TSI diera un giro desde la posición tomada a partir de 1980, cuando hubo un avance en la protección de los derechos fundamentales reflejado en su jurisprudencia, hacia una posición menos innovadora y activa en sus decisiones. En este evita entrar a chocar directamente con la política gubernamental y la opinión pública, quienes se sienten amenazados por las actividades de terror perpetradas dentro del Estado de Israel. Esta posición los lleva a tomar posiciones más radicales y de total indiferencia hacia la situación de los derechos humanos en los TO.

19. Las leyes de “Ocupación Beligerante” tal como las interpreta el Gobierno Militar israelí, permite tener una mayor autoridad sobre la población ocupada, quizás mayor que la permitida en realidad por las Leyes de Ocupación Beligerante. En especial las deportaciones y actos relacionados con la seguridad de la región y el mantenimiento del orden público, han conducido

al establecimiento de un control en casi todos los aspectos sociales, generando una violación de los derechos fundamentales en algunas ocasiones sin explicación ni justificación válida. Como por ejemplo, de los medios de comunicación y la actividad política.

20. En el caso de los TO en los sectores que se han alcanzado acuerdos de paz y de transferencia de poderes, el Gobierno Militar no está autorizado según la normativa internacional a continuar con los poderes que han sido atribuidos a estos, en la actual situación de ocupación prolongada, porque en este caso, es necesario tener en cuenta los intereses de la población. Y, teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales en este sentido dicen poco acerca de los cambios que se pueden generar durante una ocupación prolongada y sobre la respuesta a las necesidades y derechos que deben ser defendidos, como la “protección económica” de los TO, ello no quiere decir que la IV Convención de Ginebra y los Reglamentos de la Haya de 1907 no sea aplicables en estos casos. Éstos pueden ser interpretados por las partes para dar respuesta a los cambios que surgen a través del tiempo de la ocupación.

En este mismo sentido, se puede aplicar los instrumentos de derechos humanos para solucionar las dudas que plantea la aplicación del derecho de ocupación beligerante en los TO, porque sus disposiciones no siempre otorgan respuesta a las situaciones de ocupación militar prolongada. El cambio legislativo a lo largo de la ocupación no debe suponer una situación gravosa para la población bajo ocupación y deben estar encaminados siempre al bienestar de la población ocupada, deben ser de carácter provisional y no dictarse a favor del interés del Estado ocupante.

21. Los Reglamentos de la Haya de 1907 y la IV Convención de Ginebra no disponen nada respecto a la situación que enfrenta un Estado cuando lucha contra el terror y los ataques en general hacia la población por medios de personas suicidas, por eso el TSI ha hecho una interpretación de estos instrumentos para poder adaptarlos a la realidad del conflicto palestino. En esta línea se puede tomar como ejemplo las detenciones administrativas de personas que no tienen el estatus de prisioneros de guerra, o de combatientes,

con el objetivo de detener posibles sospechosos de ataques terroristas. Y del cual se adoptó por el TSI un nuevo término de “combatiente ilegal”.

22. Se puede decir que todas las circunstancias que han convergido dentro de los TO han generado un cambio legislativo en la región donde en principio se aplicaba el derecho internacional como garantía para ambas partes, para la resolución de los conflictos que se presentaban por la ocupación; se ha pasado ahora a la aplicación del sistema jurídico israelí, y la adaptación del derecho Jordano a las nuevas órdenes promulgadas por el Gobierno Militar.

23. Para llegar al final de la ocupación la mejor forma sería el acuerdo entre las partes por medio de un Tratado de Paz, que consiga unificar las posturas y tareas asumidas por ambas partes. Algo que ha sucedido en parte dentro de los TO donde se han consolidado acuerdos que desafortunadamente no siempre han sido cumplidos en su totalidad.

En este sentido, la OLP también tiene un papel preponderante porque tendrá que mostrar la aceptación efectiva de la existencia del Estado de Israel, la lucha contra el terrorismo y su compromiso para consolidar la democracia en Palestina. Tarea que deber ser asumida en conjunto con Israel que no tiene una posición fácil porque tiene que luchar contra las amenazas terroristas y por otro lado, resolver la política de asentamientos judíos en los TO, que obstaculizan cualquier intento de acuerdo a futuro y hacen más difícil la retirada.

24. En la retirada hay un tema muy importante y es la reivindicación territorial de Israel, aunque según sus políticas no parece aceptar los TO como una anexión sino precisamente como una “administración de territorios” pero que no es reflejado en sus acciones. Una prueba de esta posición es la relativa a Jerusalén. Porque argumenta que es parte del Estado y capital del mismo, generando no sólo un cambio legislativo sino también territorial, que con el paso de los años hace más difícil un posible acuerdo.

25. El Estado de Israel ha sostenido siempre que las obligaciones asumidas por él en el marco de los principales instrumentos en materia de derechos humanos no dispone nada respecto a su compromiso de aplicación extraterritorial a “territorios ocupados” en caso de conflicto armado.

26. Aunque Israel es un Estado democrático, aún conserva una estructura antidemocrática que se basa en una jerarquía étnica donde no todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos. A pesar de haber realizado importantes avances en este sentido, aún es necesario modificar la legislación interna y en especial el tema relacionado con los derechos humanos, para incluir a todas las minorías presentes en el Estado y garantizar la igualdad entre los árabes e israelíes. Y, así poder otorgar un mayor reconocimiento de derechos a la población que está bajo su ocupación.

27. El Estado de Israel tiene el derecho de defenderse contra los ataques terroristas y de luchar contra las organizaciones que atentan contra la población, aunque siempre dentro de los parámetros establecidos por el derecho internacional, y esto no debe ser una justificación para renunciar a los medios democráticos y legales que tiene de conformidad con las disposiciones internacionales.

28. De manera que en el caso de los llamados “combatientes ilegales” la doctrina del TSI deberá ser conducida a otorgar algún tipo de situación jurídica a estas personas bajo las disposiciones del DIH, puesto que no carecen de protección según las leyes humanitarias. En este caso se podría aplicar las disposiciones del IV Convenio de Ginebra, en especial el artículo 3. Aunque evidentemente podrían suspenderse los derechos dispuestos en el artículo 5, cuando una persona protegida por el presente Convenio resulta sospechosa de “dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado”. Como también el artículo 75 del Protocolo I podría aplicarse a este caso, que dispone los derechos mínimos que se aplican a las personas protegidas incluso a los combatientes ilegales.



29. A partir de 1999 el TSI se pronunció respecto a la Tortura y los malos tratos, aunque esto no ha tenido repercusiones en la política gubernamental llevada a cabo dentro de los TO. La posición del TSI ha sido débil porque legitima los medios de “presión física moderada” y no los considera como actos de Tortura. Lo que hizo fue deslegitimar ciertas acciones de los Servicios Generales de Seguridad centrándose en la forma de llevar a cabo los interrogatorios, y reafirmando las prácticas usadas. Lo que deja amplio poder de interpretación de la ley a los Servicios Generales de Seguridad y potestad para interpretar la jurisprudencia del TSI en este sentido.

30. En lo que respecta a la retirada de Gaza podemos decir que fue parcial porque Israel se reserva su derecho de defensa de manera preventiva y por eso toma medidas de seguridad contra los posibles ataques a su población. La retirada en vez de mejorar la situación de la población la ha empeorado y con ello el desarrollo socio-económico de la región.

## BIBLIOGRAFIA

### Artículos y monografías

Albert, Jeffrey M. "Constitutional Adjudication without a Constitution: the case of Israel". *Harvard Law Review*. Vol. 82, 1969, pp. 1245-1265.

Aluf, Sgan Shefi, Dov. "Taxation in the administered territories". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 1, 1971, pp. 290-294.

Al-Haj, Majid. "¿Whither the Green Line? Trends in the Orientation of the Palestinians in Israel and the Territories". *Israel Affairs*. Vol. 11, nº 1, January 2005, pp. 183-206.

Allan, Gerson. "Trustee-Occupant: The Legal Status of Israel's Presence in the West Bank". *Harvard International Law Journal*. Vol. 14, 1973.

Allyn Fisher-Ilan. *Israel eases steps to revoke citizenship*. Tuesday March 29, 2011. Disponible en Web: <http://www.jmcc.org/news.aspx?id=2541> [Consulta: 12 de abril de 2011]

Ambos, Kai. *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*. Barcelona, Atelier, 2009.

Amnesty international. *Israel and the occupied territories: the military justice system*. New York, Amnesty international 1991.

Amnistía Internacional. *Israel y los Territorios Ocupados Justicia Militar para los civiles palestinos*. Madrid Edai, 1991.

Arian, Asher. *Israeli Public Opinion on National Security*. Tel Aviv, Jaffe Center for Strategic Studies, Memorandum Nº 56, July, 2000. Disponible en Web: [http://www.inss.org.il/upload/\(FILE\)1190278199.pdf](http://www.inss.org.il/upload/(FILE)1190278199.pdf) [Consulta: 5 de abril de 2011]

Avnon Dan. "The Israeli Basic Laws (potentially) fatal flaw". *Israel Law Review*. Vol. 32, 1998, pp. 535-566.

Baker, Henry E. *The legal system of Israel*. Jerusalem, Israel Universities Press, 1968.

Barak, Aharon. "The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law". *Israel Law Review*. Vol. 31, 1997, pp. 3-23.

\_\_\_\_ "Human Rights in Israel". *Israel Law Review*. Vol. 39, 2006, pp. 12-34.

\_\_\_\_ "The Law of Israel: Past, Present, and Future". *Hapraklit*. Vol. 43, 1997, pp. 5-23.

\_\_\_\_ "Some Reflections on the Israeli Legal System and Its Judiciary". *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 6, nº 1, April, 2002. Disponible en Web: <http://www.ejcl.org/61/art61-1.html> [Consulta: 26 de mayo de 2011]

\_\_\_\_ "The Supreme Court as a Constitutional Court". *Mishpat Uminshal*. Vol. 6, 2003.

\_\_\_\_ *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una Democracia*. Primera Edición, México, Suprema Corte Justicia de la Nación, 2008. Estefanía Vela Barba (trad.).

\_\_\_\_ "Overruling Precedent". *Israel Law Review*. Vol. 21, 1986, pp. 269-295.

Barak-Erez, Daphne. "From an Unwritten to Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective". *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 26, 1994-1995, pp. 309-356.

\_\_\_\_ "Judicial Review of Politics: The Israeli Case". *Journal of law and Society*. Vol. 29, nº 4, December 2002, pp. 611-631.

\_\_\_\_ “The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialoged”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 2, 2004, pp. 611-632.

\_\_\_\_ “Israel Citizenship and immigration Law in the vise of security, nationality and human rights”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 6, nº 1, 2008, pp. 184-192.

\_\_\_\_ “Israel: The security barrier-between international law, constitutional law, and domestic judicial review”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4, nº3, 2006, pp. 540-552.

Bar-Yaakov, Nissim. “The Applicability of the Law of War to Judea and Samaria (The West Bank) and to the Gaza Strip”. *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, pp. 485-506.

Barrañeda Bajo, Isaías. *Identidad nacional y ciudadanía en el conflicto IsraeloPalestino. Los Palestinos con ciudadanía Israelí, parte del conflicto y excluidos del proceso de paz*. Director: Roberto Mesa Garrido; Francisco Aldecoa Luzárraga. Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 2004.

Bartram S. Brown. “Intervention, Self-Determination, Democracy and the Residual Responsibilities of the Occupying Power in Iraq”. *University of California Davis Journal of International Law & Policy*. Vol. 11, 2004, pp. 23-74.

Barzilai, Gad. “Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a comparative perspective”. En, Levi-Faur, David. Sheffer, Gabriel, Vogel, David (edits). *Israel: the dynamics of change and continuity*. London, 1999.

\_\_\_\_ “Courts as Hegemonic Institutions: The Israeli Supreme Court in a comparative perspective”. *Israel Affairs*. Vol. 5, nº 2, 1999, pp. 15-33.

Barzilai, Gad; Ephraim Yuchtman-Yaar; Zeev Segal. *The Israeli Supreme Court and the Israeli Public*, Tel Aviv, Tel Aviv University Press, 1994.

Bashi, Sari; Mann, Kenneth. *Disengaged Occupiers: the legal status of Gaza*. Tel Aviv, Gisha, Legal Center for Freedom of Movement. January 2007.

Bassiouni, M. Cherif. "The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law". En, Macedo Stephen. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006.

Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York, Oxford University Press, 2005.

Ben-Naftali, Orna; Gross Aeyal M.; Michaeli, Keren. "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory". *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 23, 2005, pp. 551-614.

Ben-Naftali, Orna; Michaeli, Keren R. "'We Must Not Make a Scarecrow of the Law': A Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings". *Cornell International Law Journal*. Vol. 36, 2003-2004, pp. 233-292.

Ben Naftali, Orna; Shuval, Shani. "Living in Denial: The Application of Human Rights in the Occupied Territories". *Israel Law Review*. Vol.37, 2004, pp. 17-118.

Ben-Porat, Dafna; Hodaya Kain, Ms. *The Role of the Parliament in the Ratification of International Treaties and Agreements Comparative Survey*. July 10, 2003. Disponible en Web: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/me00647.pdf>  
[Consulta: 8 de mayo de 2010]

Ben-Shemesh, Yaacov. "Constitutional Rights, Immigration and Demography: Following the High Court of Justice Judgment Concerning the Constitutionality of the Citizenship and Entry into Israel Law". *Law & Gov't*. Vol. 10, 2006.

Benvenisti, Eyal. "The applicability of Human Rights conventions to Israel and to the Occupied Territories". *Israel Law Review*. Vol. 26, 1992, pp. 24-35.

\_\_\_\_\_. *The international law of occupation*. New Jersey, Princeton Universal Press, 1993.

\_\_\_\_\_. "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Court". *European Journal of International Law*. Vol. 4, 1993

\_\_\_\_\_. "Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institute de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'". *European Journal of International Law*. Vol. 5, n° 3, 1994, pp. 423-439.

\_\_\_\_\_. "Judicial Review of Administrative Action in the Territories Occupied in 1967". En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

\_\_\_\_\_. "The Attitude of the Supreme Court of Israel towards the Implementation of the International Law of Human Rights". En, Conforti, Benedetto; Francioni, Francesco (edits.). *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. The Hague, Kluwer law International, 1997, pp. 208-209.

\_\_\_\_\_. "The Role of the National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorist". *The European Journal International Law*. Vol. 8, 1997, pp. 596-612.

Benvenisti, Meron. *The West Bank database project: a survey of Israel's policies*. Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1984.

Blanch Altemir, A. *La violación de los derechos fundamentales como Crimen Internacional*. Barcelona, Bosch, 1990.

Blum, Yehuda Z. "The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria". *Israel Law Review*. Vol. 3, 1968, pp. 279-301.

Boed, Roman. "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrong Conduct". *Yale Human Rights and Development Law Journal*. Vol. 3, n° 1, 2000, pp.1-43.

Boragina, Gabriel. *La democracia*. Buenos Aires, Ediciones Libertad, Tercera edición, 2010.

Bracha, Baruch. "Checks and Balances in a Protracted State of Emergency-The Case of Israel". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 33, 2003, pp. 123-152.

\_\_\_\_ "Judicial Review of Security Powers in Israel: A New Policy of the Courts". *Stanford Journal of International Law*. Vol. 28, 1991-1992, pp. 39-102.

Brennan Jr. William J. "The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises". *Israel Yearbooks on Human Rights*. Vol. 18, 1988, pp. 11-21.

Breyer, Stephen. "Revisión Judicial: la perspectiva de un Juez". *Estudios Públicos*. Vol. 75, 1999, pp. 49-58.

Bruce Peabody, Thomas H. Wells, Jr. *The politics of judicial independence: Courts, Politics, and the Public*. Baltimore, JHU Press, 2010.

B'Tselem. *The Military Judicial System in the West Bank- Followup Report*. May 1990. Disponible en Web:

[http://www.btselem.org/publications?date\\_filter%5Bvalue%5D%5Byear%5D=1990&tid](http://www.btselem.org/publications?date_filter%5Bvalue%5D%5Byear%5D=1990&tid)

[=All](#) [Consulta: 30 de junio de 2011]

\_\_\_ *Torture during interrogations. The Interrogations of Palestinian during the Intifada: Ill-treatment, "Moderate Physical Pressure" or Torture?* March 1991.

\_\_\_ *Renewal of Deportation of Women and Children from the West Bank on Account of "illegal Residency".* October, 1991.

\_\_\_ *Deportations of Palestinians from the Occupied Territories and the Mass Deportation of December 1992.* Jerusalem, June 1993.

\_\_\_ *Torture during interrogations: Testimony of Palestinian Detainees, Testimony of Interrogators.* November 1994. Disponible en Web:

[http://www.btselem.org/publications/summaries/199103\\_torture](http://www.btselem.org/publications/summaries/199103_torture) [Consulta: 13 de julio de 2011]

\_\_\_ *Forbiddem Families: Family Unification and Child Registration in East Jerusalem.* January 2004.

\_\_\_ *Perpetual Limbo: Israel's Freeze on Unification of Palestinian Families in the Occupied Territories,* July, 2006. Disponible en Web:

[http://www.btselem.org/Download/200607\\_Perpetual\\_Limbo\\_Eng.pdf](http://www.btselem.org/Download/200607_Perpetual_Limbo_Eng.pdf) [Consulta:13 de abril de 2011]

\_\_\_ *Absolute Prohibition: The Torture and Il-Treatment of Palestinian Detainees.* May 2007.

Carmi, Guy E. "A Constitutional Court in the absence of a formal constitution? On the ramifications of appointing the Israeli Supreme Court as the only Tribunal for judicial review". *Connecticut Journal International Law*. Vol. 21, 2005-2006, pp. 67-92.



Casado Raigón, Rafael. *Notas sobre el Ius Cogens Internacional*. Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1999.

Casanovas, Oriol. *Unity and Pluralism in Public of International Law*. Netherlands, Martinus Nijhoff, 2001.

Cassese, Antonio. Modern Constitutions and International Law. *Recueil Des Cours*. Vol. 192, 1985, pp. 331-476.

\_\_\_\_ "The Israel-PLO Agreement and Self-Determination". *European Journal of International Law*. Vol. 4, 1993, pp. 564-571.

\_\_\_\_ *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*. Cambridge, University Press, 1999.

\_\_\_\_ *International Law*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_ "One Some Merits of the Israeli Judgment on the Targeted Killings". *Journal of International Criminal Justice*. Vol. 5, 2007, pp. 339-345.

Clark, Melissa L. 'Israel's High Court of Justice Ruling on the General Security Service Use of "Moderate Physical Pressure: an End to the Sanctioned Use of Torture?' *Indiana. International & Comparative Law Review* Vol. 11, nº 1, 2000-2001, pp. 145-182.

Cohen, Barak. "Empowering Constitutionalism with the text from an Israeli perspective" *American University International Law Review*. Vol. 18, 2002-2003, pp. 585-650.

Cohen, Esther Rosalin. *Human Rights in the Israel-Occupied Territories 1967-1982*. Manchester, Manchester University Press, 1985.

\_\_\_\_ "Justice for Occupied Territorie? The Israelí High Court of Justice Paradigm". *Columbia Journal of Transnational Law*. Vol. 24, 1985-1986, pp. 471-508.

\_\_\_\_ "Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity". *Israel Law Review*. Vol. 23, 1989, pp. 146-188.

Conforti, Benedetto; Labella, Angelo. "Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts". *European Journal of International Law*. Vol. 1, 1990, pp. 44-66.

Davidov, Guy; Reichman, Amnon; Saban, Ilan; Yovel, Jonathan. "State or Family? The Citizenship and Entry to Israel Act (Temporary Order) 2003". *Law & Gov't*. Vol. 8, 2005, pp. 643-699.

Daham, Leora. "Judicial review of the detention conditions of suspect terrorists (Centre for defense of the individual v. IDF commander in the west bank and yassin v. commander of Kziot military camp)", *Israel Law Review*. Vol. 36, 2002, pp. 159-172.

Davis, Uri. "Conceptions of Citizenship in the Middle East, state Nation and People". En, Butenschon, Nils August; Davis, Uri; Hassassian, Manuel (eds.). *Citizenship and the State in the Middle East: approach and applications*. New York, Syracuse, 2000.

De Currea Lugo, Víctor. *Palestina: entre la trampa del muro y el fracaso del derecho*. Barcelona, Icaria, 2005.

Deng, M. "Derechos Humanos, éxodos en masa y personas desplazadas". En, *E/CN.4/1998/53/Add.1*, 11 de febrero de 1998.

Dennis, Michael J. "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation". *The American Journal of International Law*. Vol. 99, 2005, pp. 119-141.

Dershowitz, Ian M. *The Case for Israel*. New Jersey, John Wiley and Sons, 2003.

*Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*, Geneva, 1974-1977.

Disponible en Web: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/480?OpenDocument>

Distein, Yoram. "The legislative authority in the Occupied Territories". *Lyuney Mishpat*. Vol. 2, 1972, pp. 505-512.

\_\_\_\_ "Deportation from Administered Territories". *Tel-Aviv, University Law Review*. Vol. 13, 1988, p. 404-416.

\_\_\_\_ *War Agression and Self-Defense*. Cambridge, Cambridge University Press, 4th edition, 2005.

\_\_\_\_ *The International Law of Belligerent Occupation*. Cambridge, University Press, 2009.

Dörmann, Knut. "The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"". *International Review of the Red Cross*. Vol. 85, nº 849, 2003, pp. 45-74.

Dorner, Dalia. "Does Israel have a constitution?" *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 43, 1999, pp. 1325-1336.

Doswald-Beck, Louise. "El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el Derecho Internacional Humanitario respuesta a todas las cuestiones?" *International Review of the Red Cross*. Diciembre de 2006, nº 864, pp. 1-26.

Doswald-Beck, Louise; Vite Sylvain. "International Humanitarian Law and Human Rights". *International Review Red Cross*. Vol. 33, 1993. Disponible en Web: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jmrt.htm> [Consulta: 13 de julio de 2011]

Dotan, Yoav. "Judicial Rhetoric, Government, Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during Intifada". *Law & Society Review*. Vol. 33, 1999, pp. 319-364.

\_\_\_\_ "Judicial Accountability: The High Court of Justice and the Phenomenon of Judicial Hyperactivism". *Israel Affairs*, summer, Vol. 8, n° 4, 2002, pp. 87-106.

\_\_\_\_ "Legalising the Unlegaliseable: Terrorism, Secret Services and Judicial Review in Israel 1970-2001". En, Hertogh, Marc; Halliday, Simon. *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and interdisciplinary Perspectives*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Drori, Moshe. "Second Municipal Elections in Judea and Samaria under Israel Administration: Legislative Changes". *Israel Law Review*. Vol, 12, 1977, pp. 526-540.

\_\_\_\_ "The legal system in Judea and Samaria: a review of the previous decade with a glance of the future". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 8, 1978, pp. 144-177.

Dwoty, Alan. "Is Israel Democratic? Substance and Semantics in the "Ethnic Democracy" Debate". *Israel Studies*. Vol. 4, n° 2, 1999, pp. 1-15.

Edelman, Martin. *Courts, Politics, and Culture in Israel*. Charlottesville, University Press of Virginia, 1994, p. 32.  
1994.

Einhorn, Talia. *Private International Law in Israel*. Netherlands, Kluwer Law International.

Ellis, Evelyn. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Hart Publishing, 1999.

Elon Menachem. "The Values of a Jewish and Democratic State: The Task of Reaching a Synthesis". *Human Rights Review*, January-March 2002, pp. 36-84.

Enker, Arnold. "Duress, Self-Defense and Necessity in Israeli Law". *Israel Law Review*. Vol. 30, 1996, pp. 188-206.

Escudero Alday, Rafael (ed.). *Segregados y reclusos: los palestinos y las amenazas a su seguridad*. Madrid, Catarata, 2008.

Evelin, Gordon. "Is It Legitimate to Critize the Supreme Court?" *Azure*. Vol. 3, 1998. Disponible en Web: <http://www.azure.org.il/article.php?id=397> [Consulta: 13 de julio de 2011]

Even-Khen, Hilly Moodrick. 'Can We Now Tell What "Direct Participation in Hostilities" Is?' *Israel Law Review*. Vol. 40, 2007, pp. 213-244.

Fawzi, 'Abd-Al-Munim. *Tax Systems*. Cairo, 1973.

Fernández Gómez, Manuel; Peco Yeste, Miguel. *El conflicto Palestino-Israelí*. Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos. Francisco Vitoria, 2003.

Finkelstein, Menachem. "Legal Perspective in the Fight against Terror-The Israeli Experience". *IDF Law Review*. Vol. 1, 2003, pp. 341-350.

Friedman, Daniel. "Independent Development of Israel law". *Israel Law Review*. Vol. 10, 1975, pp. 515-568.

Gail Gardam, Judith. "Proportionality and Force in International Law". *The American Journal of International Law*. Vol. 87, 1993, pp. 391-413.

Gavison, Ruth. "The Controversy over Israel's Bill of Rights". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 15, 1985, pp.113-154.

\_\_\_\_ "Legal Systems and Public Attitudes during Negotiations towards Transition from Conflict to Reconciliation: The Middle East, 1992-1994". En, Cotran,

Eugene. Mallat, Chibli; Stott, David. *The Arab-Israeli accords: legal perspectives*. London, Kluwer law International, 1996.

\_\_\_ “The Constitutional Revolution, Description of Reality or a Self-Fulfilling Prophecy?” *Mishpatim*. Vol, 28, 1997, pp. 21-32.

\_ “A Constitution for Israel: Lessons from the American Experiment”. *Azure*. Vol. 12, 2002. Disponible en Web: <http://www.azure.org.il/article.php?id=263> [Consulta: 14 de abril de 2011]

\_ *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*. Jerusalem, The Hebrew University of Jerusalem, Paper nº 380, 2005. Disponible en Web: <http://ratio.huji.ac.il/dp/dp380.pdf> [Consulta: 16 de marzo de 2011]

\_ “Legislatures and the Phases and Components of Constitutionalism”. En, Bauman, Richard W.; Kahana, Tsvi. *The least examined branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

\_ “Law, Adjudication, Human Rights, and Society”. *Israel Law Review*. Vol. 40, Nº1, 2007, pp. 31-55.

Geva, Benjamin. “On the Proper Balance between the Security of the State and Civil and Human Rights”. *Mishpatim*. Vol. 5, 1974.

Ghanem As’ad; Rouhana, Nadim; Yiftachel, Oren. “Questioning “Ethnic Democracy”: A Response to Sammy Smooha”. *Israel Studies*. Vol. 3, nº 2, 1998, pp. 253-267.

Giladi, Rotem M. “The practice and case law of Israel in matters related to international law”. Vol. 33, *Israel Law Review*. 1999, pp. 106-138.

Gilbert, Geoff; Hampson, Françoise; Sandoval, Clara. *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*. New York, Routledge, 2011.

Gilead, Israel. *The Dilemma of Israel's High Court of Justice: The Battle for Human Rights in Times of War*. Disponible en Web:

<http://jurist.law.pitt.edu/world/israelhcj.php> [Consulta: 15 de abril de 2011]

Ginossar, S. "Israel Law: components and trends". *Israel Law Review*. Vol. 1, 1966, pp. 380-395.

Gisha-Legal Center for Freedom of Movement. *Briefing: Israeli High Court Decision Authorizing Fuel and Electricity Cuts to Gaza (HCJ 9132/07, issued January 30, 2008)*. Disponible en Web: <http://www.icj.org/IMG/Gisha-Analysis.pdf> [Consulta: 14 de abril de 2011]

Goldstein, Stephen. "The Protection of Human Rights by Judges: The Israeli Experience". En, Gibney, Mark; Frankowski, Stanislaw. *Judicial Protection of Human Rights: myth or reality?* Westport, Greenwood Publishing Group, 1999.

Gordon, Hayim. *Looking Back at the June 1967 War*. Westport, Greenwood Publishing Group, 1999.

Grant T. Harris. "Human Rights, Israel, and the Political Realities of Occupation". *Israel Law Review*. Vol. 41, 2008, pp. 87-174.

Greenwood, Christopher. "The Administration of Occupied Territory in International Law". En, Playfair, Emma. *International law and administration of occupied territories: two decades of Israel occupation of the West Bank and Gaza Strip*. Oxford, University Press, 1992.

Groppi, Tania; Ottolenghi Emanuele; Mordechai Rabello, Alfredo (ed.). *IL sistema costituzionale dello Stato di Israele*. Torino, G. Giappichelli, 2006.

Gross, Aeyal M. "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?" *The European Journal of International Law*. Vol. 18 n° 1, 2007, pp. 1-35.

Gross, Emanuel. "'Human Rights, Terrorism and the Problem of Administrative Detention in Israel: Does a Democracy Have the Right to Hold Terrorists as Bargaining Chips?'" *Arizona Journal of International and Comparative Law*. Vol. 18, 2001, pp. 721-792.

Gross, Oren; Aolain, Fionnuala. "Emergency, War and International Law- Another Perspective", *Nordic Journal International Law*. Vol. 70, 2001, pp. 29-63.

Guiora, Amos N; Page, Erin M. "Going To e to Toe: President Barak's and Chief Rehnquist's Theories of Judicial Activism". *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 29, 2005-2006, pp. 51-70.

Guy, Davidov; Amnon Reichman; Ilan Saban; Jonathan Yovel. *State or Family? The Citizenship and Entry to Israel Act (Temporary Order) 2003*. Law & Gov't. Vol. 8, 2005, pp. 643-699.

Hammer, Leonard M. "Reconsidering the Israeli Courts Application of Customary International Law in the Human Rights Context". *ILSA Journal of International L & Comparative Law*. Vol. 5, 1998-1999.

Harnon, Eliahu. "The impact of the basic law: Human dignity and liberty on the law of criminal procedure and evidence". *Israel Law Review*. Vol. 33, 1999, pp. 678-719.

Harris Grant, T. "Human Rights and Political Realities Occupation". *Israel Law Review*. Vol. 41, 2008, pp. 87-174.



Hazan, Reuven Y. "Executive-Legislative Relations in an Era of Accelerated Reform: Reshaping Government in Israel". *Legislative Studies Quarterly*. Vol. 22, n° 3, Aug., 1997, pp. 329-350.

Henckaerts, Jean-Marie; Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law. Vol I: Rules*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Henkin, Louis. 'Is there a "Political Question" Doctrine?' *The Yale Law Journal*. Vol. 85, n° 5, 1975-1976, pp. 597-625.

Heringa, Aalt Willem; Kiver, Philipp. *Constitutions Compared. An Introduction to Comparative Constitutional Law*. Oxford, Intersentia Antwerpen, 2007.

Higgins, Rosalyn. "The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: The United Kingdom". En, Conforti, Benedetto; Francione, Francesco. *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*. The Hague, Kluwer Law International, 1997.

Hirsh, Moshe. "Treaty-Making Power: Approval of the Israel-Egypt "Pfiladelfhi Accord" By the Knesset". *Israel Law Review*. Vol. 39, 2006, pp. 229-237.

Hirschl, Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions". *Law & Society Inquiry*. Vol. 25, 2000, pp. 91-151.

\_\_\_\_ "Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective". *University of Richmond Law Review*. Vol. 34, 2000-2001, pp. 415-442.

\_\_\_\_ "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution". *Comparative Politics*, Vol. 33, n° 3, Apr., 2001, pp. 315-335.

Hofnung, Menachem. "The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 44, 1996, pp. 585-604.

Holzman-Gazit, Yifat. *Land Expropriation in Israel: Law, Culture and Society*. England, Ashgate, 2007.

Hongju Koh, Harold. "The Spirit of the Laws". *Harvard International Law Journal*. Vol. 43, nº 1, 2002, pp. 23-40.

Howard, M. Hensel. *The law of Armed Conflict: Constraints on the Contemporary Use of Military Force*. England, Global Interdisciplinary Studies Series, 2005.

Human Rights Watch. *Israel: New Laws Marginalize Palestinian Arab Citizens*. March 30, 2011. Disponible en Web: <http://www.fmep.org/analysis/analysis/israel-new-laws-marginalize-palestinian-arab-citizens> [Consulta: 4 de abril de 2011]

Human Rights Watch, Middle/ East Staff. *Torture and Ill Treatment. Israel's Interrogations of Palestinians from the Occupied Territories*. New York, 1994, Hussein Hussein Abu Hussein; Fiona McKay. *Access denied: Palestinian land rights in Israel*. New York, Zed Books Ltd, 2003.

ICRC. *Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts*. Geneva, 1974-1977. Disponible en Web: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/480?OpenDocument> [Consulta: 13 de enero de 2011].

Imseis, Ardi. "“Moderate” Torture On Trial: Critical Reflections on the Israeli Supreme Court Judgment Concerning the Legality of General Security Service Interrogation Methods'. *Berkeley Journal International Law*. Vol. 19, 2001, pp. 328-349.

Institute for Palestine Studies. *The Karp report: an Israeli government inquiry into settler violence against Palestinians on the West Bank*. Washington D.C, Institute for Palestine Studies, 1984.

Israeli Ministry of Foreign Affairs. *Disputed Territories-Forgotten Facts About the West Bank and Gaza Strip*. Feb. 1, 2003. Disponible en Web:

[http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000\\_2009/2003/2/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20West%20Bank](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000_2009/2003/2/DISPUTED%20TERRITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20West%20Bank) [Consulta: 16 de febrero de 2011]

Israeli, Raphael; Ehrenfeld, Rachael. "Between the Peak and the Pit: Human Rights in Israel". *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. Vol. 13, 1986-1987, pp. 403-434.

Jeffrey Jacobsohn, Gary. "After the Revolution". *Israel Law Review*. Vol. 34, 2000, pp. 139-169.

J. Daniel. *Constitutionalism. The Israeli and American Experiences*, Jerusalem, Jerusalem Center for Public Affairs, 1990.

Kathleen M. Sullivan. "Post-liberal judging: the role of categorization and balancing". *University of Colorado Law Review*. Vol. 63, 1992, pp. 293-218.

Khalil, Asem. "Family Unification of Residents in the Occupied Palestinian Territory". *CARIMAS*, number 19, Roberth Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fisiolo, European University, 2009.

Khatib, Ghassam. *No change*. Disponible en Web:

<http://www.bitterlemons.org/previous/bl220805ed30.html#isr2>

Kremnitzer, Mordechai; Segev, Re'em. "The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?" *Israel Law Review*. Vol. 34, 2000, pp. 509-559.

Kremnitzer, Mordechai. 'The Landau Comisión Report- was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "needs" of the Security Service?' *Israel Law Review*. Vol. 23, 1989, pp. 216-279.

Kretzmer, David. "Judicial Review of Knesset Decisions". *Tel. Aviv University Studies Law*. Vol. 8, 1988, pp. 95-156.

\_\_\_ "The New Basic laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli constitutional Law?" En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel* Oxford, Clarendon Press, 1996.

\_\_\_ "Domestic Politics, Law and the Peace Process: A View from Israel". En, Cotran, Eugene; Mallat Chiblit (eds.). *The Arab-Israeli accords: Legal perspectives*. London, Kluwer Law International, 1996.

\_\_\_ "Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 26, 1997, pp. 267-288.

\_\_\_ *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*. New York, Sunny Press, 2002.

\_ "Human Dignity in Israeli jurisprudence". En, Kretzmer, David; Klein, Eckart (eds.). *The concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. The Hague, Kluwer Law International, 2002.

\_\_\_ "Human Rights". *Israel Affairs*. Vol. 11, nº. 1, January 2005, pp. 39-64.

\_\_\_ "The Advisory Opinion: The Light Treatment of International Humanitarian Law". *The American Journal International Law*. Vol. 99, 2005, pp. 88-102.

\_\_\_ "Human Rights". En, Cohen-Almagor, Raphael. *Israeli Democracy at the Crossroads*. New York: Routledge, 2005.

\_\_\_\_ “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defense?” *The European Journal of International Law*. Vol. 16, n° 2, 2005, pp. 171-212.

La Pergola, Antonio; Del Duca, Patrick. “Community law, International Law and the Italian Constitution”. *The American Journal of International Law*. Vol. 79, 1985, pp. 598-621.

Lapidoth, Ruth. “The Expulsion of Civilians from Areas which came under Israeli Control in 1967: Some Legal Issue”. *The European Journal of International Law*. Vol. 2, 1990, pp. 97-109.

\_\_\_\_ “International law within the Israel Legal System”. *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, pp. 451-484.

\_\_\_\_ *Unity Does not require Uniformity*. 22 August, 2005. Disponible en Web: <http://www.bitterlemons.org/previous/bl220805ed30.html#isr2> [Consulta: 13 de abril de 2011]

Leonard M. “Reconsidering the Israeli Courts application of customary international law in the human rights context.” *ILSA Journal of International and Comparative Law*. Vol. 5, 1998-1999, pp. 23-42.

Lerner, Pablo. “Legal History of Israel its place in law studies”. En, Mordechai Rabello, Alfredo. *Israeli reports to the XV international Congress of Comparative Law*. Jerusalem, The Harry and Michael Sacher institute for legislative research and comparative law, Faculty of law, The Hebrew University of Jerusalem, 1999.

Levitt Matthew; Ross, Dennis. *Hamas: Politics, Charity, and Terrorism in the Service of Jihad*. Virginia, the Washington Institute for Near East Policy, 2006.

Liebman, Charles S. "Religion and Democracy in Israel". En, *Israeli democracy under stress*. London, Israeli Democracy Institute, 1993.

Lindahl, Hans. "Democracy, Political Reflexivity and Bounded Dialogues: Reconsidering the Monism-Pluralism Debate". En, Christodoulidis, Emiliós A.; Tierney, Stephen. *Public law and politics: the scope and limits of constitutionalism*. Great Britain, Ashgate, 2008.

Lubell, Noam. "Still waiting for the goods to arrive. The delivery of human rights to the Israeli-Palestinian conflict". En, Gilbert, Geoff; Hampson, Françoise; Sandoval, Clara. *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*. New York, Routledge, 2011. p. 206.

Luck, Edward C. "La fuerza, la reforma y el futuro de las Naciones Unidas". En, Vanguardia dossier, *¿Quién manda en el mundo?* Número 14, enero-marzo 2005.

Mac Liman, Adrián. *Palestina: De la nación de refugiados al Estado Nación*. Madrid, Popular, 1995.

Manoff, Salomon. *Legislación general de Israel. Bases de su organización jurídica, política y administrativa*. Buenos Aires, Talleres Gráficos D'Uva, 1968.

Mariño Menéndez, Fernando M. *Derecho internacional público (Parte general)*, Madrid, Trotta, 2005.

\_ "El comentario general núm. 2 a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura: de lege lata y lege ferenda". En, Badía Martí, Anna María; Pigrau Solé, Antoni; Olesti Rayo, Andreu (coords.). *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

- \_ “Exigencia de responsabilidad penal internacional por crímenes de guerra y solución del conflicto palestino-israelí”. En, Pérez González, Carmen; Escudero Alday, Rafael. *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*. Navarra, Aranzadi, 2009.
- Mcewen, Craig A. Maiman, Richard J. “In search of Legitimacy: Toward an Empirical Analysis”. *Law & Policy*. Vol. 8, nº 3, July 1986, pp. 257-274.
- Merari, Ariel. “Israel Facing Terrorism”. En, Cohen-Almagor, Raphael. *Israeli Democracy at the Cross*. New York, Routledge.
- Meron Theodor. “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience”. *The American Journal International Law*. Vol. 94, 2000, pp. 78-89.
- Meydani, Assaf; Mizrahi, Shlomo. “The Politics and Strategies of Defending Human Rights: The Israeli Case”. *Israel Law Review*. Vol. 39, 2006, pp. 39-56.
- Mezdini, Meron. “Censorship Problems in Israel-The Legal Aspect”. *Israel Law Review*. Vol. 6, 1971, pp. 309-320.
- Milano, Enrico. *Unlawful territorial situations in international law: reconciling effectiveness, legality and legitimacy*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- Milton-Edwards, Beverly; Farrell Stephen. *Hamas: the Islamic Resistance Movement*. Cambridge, Politty Press, 2010.
- Morgenstern, Felice. “Validity of the Acts of Belligerent Occupation”. *British Yearbook of International Law*. Vol. 28, 1951, pp. 291-222.
- Müller, Jonhannes. *Israel as a constitutional democracy? The “Constitutional Revolution” and the Hight Court of Justice in the political system of Israel*. German, Grin Verlag, 2004.

Mustafa Mari. "The Israeli Disengagement from the Gaza Strip: An End of the Occupation?" *Yearbook of International Humanitarian Law*. Vol. 8, 2005, pp. 356-368.

Navot, Suzie. *The Constitutional Law in Israel*. Netherlands, Kluwer Law International, 2007.

Netanyahu, Shoshana. "The Supreme Court of Israel: A Safeguard of the Rule of Law". *Pace International Law Rev.* Vol 5, nº1, 1993, pp. 1-24.

Ngos Monitor Reports. *NGOS Condem Israel for Citizenship Rules, Ignoring Context Impact*. Vol.1, nº 12, August 20, 2003. Disponible en Web: <http://www.ngo-monitor.org/article.php?id=925> [Consulta: 4 de abril de 2011]

Nolte, Georg. "Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order". *Theoretical Inquire Law*. Vol. 5, 2004, pp.111-130.

O'keefe, Roger. *The Protection of cultural property in armed conflict*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Orakhelashvili, Alexander. "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Opinion and Reaction". *Journal of Conflict & Security Law*. Vol. 11, nº 1, 2006, pp. 119-139.

Oren Gross, 'Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience', *Minnesota Law Review*. Vol. 88, 2003-2004, pp. 1481-1555.

Pach, Aryeh, "Human Rights in the West Bank Military Courts", *Israel Journal Human Rights*. Vol. 7, 1977.

Parry, John T.; White, Welsh S. "Interrogating Suspected Terrorist: Should Torture be an Option?" *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 63, 2001-2002, pp. 743-766.



Passe, Alejandro; De la Iglesia, Asunción (trad.). "Los retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI". *REDCE*, nº 2, julio-diciembre de 2004, pp. 161-179.

Payes, Shany. *Palestinian NGOs in Israel: the politics of civil society*. London, Tauris Academic, Studies, 2005.

Pejic, Jelena. "Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna". *RICR*, 2005, Nº 858, pp. 356-374.

Peled, Yoav. "Ethnic Democracy and the Legal Construction of Citizenship: Arab Citizens of the Jewish State". *The American Political Science Review*. Vol. 86, nº 2, June 1992, pp. 432-443.

Pictet, Jean. *Humanitarian Law and the protection of war victims*. Leiden, Henry Dunant Institute, 1975.

Playfar, Enma. *International law and the Administration of Occupied Territories*. Oxford, Clarendon Press, 1992.

Pnina Lahav. "Political Censorship: Some Reflections on its Validity in Israel's Constitutional Law", *Israel Law Review*. Vol. 11, 1976, pp. 339-347.

\_\_\_\_ "A Barrell Without Hoops the Impact Counterterrorism on Israel's Legal Culture". *Cardozo Law Review*. Vol. 10, 1988-1989, pp. 529-560.

Rabin, Yoram; Gutfel Arnon. "Marbury v. Madison and its Impact on Israeli Constitutional Law". *University Miami International & Comparative Law Rev*. Vol. 15, nº 2, 2007-2008, pp. 303-336.

Rabin, Yoram; Shany, Yubal. "The Israeli unfinished constitutional revolution: has the time come for protecting economic and social rights?" *Israel Law Review*. Vol, 37, 2003-2004, pp. 299-345.

Rabinovich, Itamar; Reinhartz, Jehuda (eds). *Israel in the Middle East: Documents and Reading on Society, Politics and Foreign Relations 1948*. New York, Oxford University Press, 1984.

Ramcharan, B.G. "The Role of International Bodies in the Implementation and Enforcement of Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts". *The American University Law Rev.* Vol. 33, 1983-1984, pp. 99-116.

Rattner, Arye. "The Margins of Justice Attitudes towards the Law and the Legal System Among Jews and Arabs in Israel". *International Journal of Public Opinion Research*, Vol. 6, n° 4, 1994, pp. 358-370.

Raymond, Gregory A. "Military of necessity and the Ward against Global Terrorism". En, Hensel, Howard M. *The law of Armed Conflict: constraints on the contemporary use of military force*. Burlington, 2005.

Reicin, Cheryl V. "Preventive detention, Curfews, Demolition of Houses and Deportations: an analysis of measures employed by Israel in the administered territories". *Cardozo Law Review*. Vol. 8, 1986-1987, pp. 515-558.

Roberts, Adam. "What is the military occupation?" *British Yearbook of International Law*. Vol. 55, 1984, pp. 249-305.

\_\_\_\_ "Prolonged military occupation: the israeli-occupied territories since 1967". *The American Journal of International Law*. Vol. 84, 1990, pp. 44-103.

\_\_\_\_ "The end of occupation: Iraq 2004". *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 54, 2005, pp. 27-48.

\_\_\_\_ "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights". *The American Journal International Law*. Vol. 100, 2006, pp. 580-622.

Robberts, Gerhard. *Encyclopedia of World Constitutions*. New York, Infobase Publishing, 2006.

Rostow, Nicholas. "Gaza, Irak, Lebanon. Three Occupations under International Law". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 33, 2007, pp. 205-239.

Rotem, Gilady M. "The practice and case law of Israel in matters related to international law". *Israel Law Review*. Vol. 33, 1998, pp. 106-138.

Rouhana, Nadim; Ghanem, Asad. "The Crisis of Minorities in Ethnic States: The Case of Palestinian Citizens in Israel". *International Journal of Middle East Studies*. Vol. 30, n<sup>o</sup>. 3, Aug., 1998, pp. 321-346.

Rouhana, Nadim M; Sultany, Nimer. "Redrawing the Boundaries of Citizenship: Israel's New Hegemony". *Journal of Palestine Studies XXXIII*, n<sup>o</sup> 1, Fall 2003, pp. 5-22.

Rubin, Benyamin. "The Adoption of International Treaties into Israel by the Courts". *Mishpatim*. Vol. 13, 1983, pp. 210-241.

Rubin, Benjamin. "Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties". *Israel Law Review*. Vol. 42, 2009, p. 534.

Rubinstein, Amnon; Medina, Barak. *The Constitutional Law of the State of Israel*. 5th edition. Tel Aviv, Shoken, 1996.

Rubinstein, Amnon. 'The changing status of the "territories" (West Bank and Gaza): From scrow to legal mongrel'. *Tel Aviv University Studies in Law*. Vol. 8, 1988, pp. 59-80.

Russell, Peter H. O'Brien, David, M. (edits.). *Judicial Independence in the Age of Democracy: critical perspectives from around the world*. United States of America, The University Press of Virginia, 2001.

Sabri, Nidal. "The Effects of Taxes Imposed on the Population of the Occupied Palestinian Territories". En, *Paper presented at the Seminar on Living Conditions of the Palestinian People*. Organized by Habitat in Vienna, March, 1995.

Sa'di, Ahmad; Abu-Lughod, Lila. *Nakba: Palestine, 1948, and the claims of memory*. New York, Columbia University Press, 2007

Sager, Samuel. "Israel's Dilatory Constitution". *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 24, 1976, pp. 88-99.

\_\_\_\_\_. *The parliamentary system of Israel*. New York, Syracuse, 1985.

Saif-Alden Watad, Mohammed. "The Torturing Debate on Torture". *Northern Illinois University Law Review*. Vol. 29, 2008-2009, pp. 1-50.

Sapir, Gidon. "Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment". *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 22, 1998-1999, pp. 617-666.

Schabas, William A. "The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals". *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 37, 2005-2006, pp. 349-364.

Schanzer, Jonathan. *Hamas v. Fatah: the struggle for Palestine*. New York, Palgrave Macmillan, 2008.

Schindler, Dietrich. "The separate evolution of international humanitarian law and of human rights". *International Review Red Cross*, n° 208, 1979.

Schreuer, Christoph. "The Waning of Sovereign of State: Towards a New Paradigm for International Law?" *European Journal of International Law*. Vol. 4, 1993, 447-471.

Schwenkt, Edmund H. "Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations". *Yale Law Journal*. Vol. 54, 1944-1945, pp. 393-416.

Scobbie, Iain. "Unchart (er) ed Waters? Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine". *The European Journal International Law*. Vol. 16, n° 5, 941-961.

Segal, Zeev. "A Constitution without a Constitution: The Israeli experience and the American impact". *Capital University Law Review*. Vol, 21, n° 1, 1992, pp. 1-62.

Seidman, Guy I. "Judicial Administrative Review in Times of Discontent: The Israeli Supreme Court and the Second Palestinian Uprising". *Israel Affairs*. Vol.14, n°.4, October 2008, pp. 640-661.

Shabtai, Rosenne. *The Constitutional and Legal System of Israel*. Israel, Office of Information, 1957.

Shafir, Gershon; Peled, Yoav. *Bein Israeli: The Dynamics of Multiple Citizenship*. Cambridge, Cambridge University Press", 2002.

Shamgar, Meir. "The Observance of International Law in the Administered Territories". *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 1, 1971, pp. 262-277.

\_\_\_\_ "Legal Concepts and Problems of the Israeli Military Government-The Initial Stage". En, Shamgar, Meir. (ed.). *Military Government in the Territories Administered by Israel, 1967-1980, The Legal Aspects*. Jerusalem, The Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law. Vol. I, 1982, pp. 13-60.

Shamir, Ronen. "Landmark Cases" and the Reproduction of the Legitimacy: The Case of Israel's Hights Courts of Justice". *Law and Society Review*. Vol. 24, n° 3, 1990, pp. 781-805.

Shany, Yuval. "Binary Laws MComplex Reality: The Occupation Of Gaza Debate". *Israel Law Review*. Vol. 41, n° 1 & 2, 2008, pp. 68-86.

\_\_\_\_ "Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement". *Yearbook of International Humanitarian Law*. Vol. 8, 2006, pp. 1-20.

\_\_\_\_ "Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases". *Israel Law Review*. Vol. 38, 2005, pp. 230-246.

Shapira, Amos. "Judicial review without a constitution: The Israeli Paradox". *Temple Law Quarterly*. Vol. 56, 1983, pp. 405-462.

\_\_\_\_ "Why Israel has not constitution, but should, and likely will, have one". *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 37, 1992-1993, pp. 283-290.

Shapira, Amos; C. Delwitt-Arar, Keren (eds.). *Introduction to the Law of Israel*. The Hague, Kluwer law International, 1995.

Shawan, Usahma Salim. *Public Administration in Palestine: past and present*. Oxford, University Press of America, 2003.

Shehadeh, Raja. *Occupier's Law: Israel and the West Bank*. Washington, Institute for Palestine Studies, 1985.

Shetreet, Shimon. "Limmits and promises of International norms and procedure for the Protection of Human Rights". En, Goldstein, Stephen. *Israeli Reports to the International 12<sup>th</sup> Congress of law*. Jerusalem, Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986.

\_\_\_\_ "Custom in public law". *Israel Law Review*. Vol. 21, 1986, pp. 450-500.

\_\_\_\_ “Developments in Constitutional Law: Selected Topics”. *Israel Law Review*. Vol. 24, 1990, pp. 368-430.

\_\_\_\_ *Justice in Israel: a Study of the Israeli Judiciary*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.

\_\_\_\_ “The Critical Challenge of Judicial Independence in Israel”. En, Russell, Peter H. *Judicial Independence in the age of Democracy: critical perspectives from around the world*. United States of America, The University Press of Virginia, 2001.

\_\_\_\_ “Resolving the Controversy over the Form and Legitimacy of Constitutional Adjudication in Israel: A Blueprint for Redefining the Role of the Supreme Court and the Knesset”. *Tulane Law Review*. Vol. 77, 2002-2003, pp. 659-736.

Smootha, Sammy. “Ethnic Democracy: Israel as an Archetype”. *Israel Studies*. Vol. 2, n° 2, 1997, pp. 198-241.

Singer, Joel. “The establishment of a civil administration in the areas administered by Israel”. *Israel Yearbook on Human Rights*. Vol. 12, 1982, pp. 259-289.

Solomon, Solon. The Great Oximoron: “*Jus In Bello* Violations as Legitimate Non-Forcible Measures of Self-Defense: The Post-Disengagement Israeli Measures towards Gaza as a Case Study”. *Chinese Journal of International Law*. Vol. 9, 2010, pp. 501-536.

Stephanopoulos, Nicholas. “Israel’s legal Obligations to Gaza after the Pullout”. *Yale Journal International Law*. Vol. 31, 2006, pp. 524-528.

Straschnov, Amnon. “The Judicial System in Israel”. *Tulsa Law Journal*. Vol. 34, 1998-1999, pp. 527-536.

Stephen J. Schulhofer, “Checks and Balances in Wartime: American, British and Israeli Experiences”, *Michigan Law Review*. Vol. 102, 2003-2004, pp. 1906-1949.

Susser, Bernard. “Toward a constitution for Israel”. *Saint Louis University Law Journal*. Vol. 37, 1992-1993, pp. 939-972.

Teles Pereira, J. A. “De actor secundario a Principal: Tribunal supremo de Israel”. *Revista de Derecho Político*. Vol. 69, 2007, pp. 223-259.

Thomas M. Frank; Arun K. Thiruvengadam. “International Law and Constitution-Making”. *Chinesse Journal of International Law*. Vol. 2, 2003, pp. 467-518.

Todorov, Tzevan, *El nuevo desorden mundial*, Barcelona: Península Atalaya, 2003.

Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, Trotta, 2002.

Walden, Raphael M. “The subjective element in the formation of customary international law”. *Israel Law Review*. Vol. 12, 1977, pp. 344-364.

Walter, Christian; Vöneky, Silja; Röben, Volker; Schorkopf, Frank (eds.). *Terrorism is a Challenge for National and International Law: Security Versus Liberty?* Berlin, Springer, 2004.

Warsof f, Louis A. “The Legal system of the State of Israel”. *New York Law Forum*. Vol. 2, 1956, pp. 379-388.

Watkin, Kenneth. “Controlling the Use of Force: A Role for Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict”. *The American Journal of International Law*. Vol. 98, 2004, pp. 1-34.

White, Wels S. “Interrogating Suspected Terrorist: Should Torture be an Option”. *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 63, 2001-2002, pp. 743-766.



Woods, Patricia J. *Judicial Power and National Politics: Court and Gender in the Religious-Secular Conflict in Israel*. New York, Sunny Press, 2008.

Yadin, Uri. "Sources and tendencies of Israel law". *University of Pennsylvania. Law Review*. Vol. 99, n° 5, 1950-1951, pp. 561-571.

Yakobson, Alexander; Rubinstein, Amnon. *Israel and the family of nations: The Jewish nation-state and human rights*. Abingdon, Routledge, 2009.

Yanai, Nathan. "Politics and Constitution-Making in Israel: Ben Gurion's Position in the Constitutional Debate Following the foundation of the State". En, Elazar, Yein NG, Gar. *Quality of Judicial Organization and Checks and Balances*, Oxford, Intersentia, Antwerp, 2007.

Yutaka Arai, Takahashi. *The law of occupation: "Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights*. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Zamir, Itzhak. "Human Rights and National Security". *Mishpaim*. Vol. 19. 1989, pp. 17-39.

Zamir, Itzhak; Colombo, Sylviane. *The law of Israel: general surveys*. Jerusalem, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1995.

Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

Zamir, Y. "Human Rights and National Security". *Mishpaim*. Vol. 19, pp. 17, 36-37.

Zemach, Y.S "The Non-Justiciability of Military Measures". *Israel Law Review*. Vol. 9, 1974, pp. 128-138.

Zysblat, Allen. "Protecting Fundamental Rights in Israel without a written Constitution". En, Zamir, Itzhak; Zysblat, Allen. *Public Law in Israel*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

## **Documentos de Naciones Unidas**

### **Asamblea General**

A/RES/2253 (ES-V), Measures taken by Israel change the status of the City of Jerusalem, 4 July 1967.

Resolution GA Res. 2444 (XXIII), Respect for Human Rights in Armed Conflicts, 19 December 1968.

Resolution 2535-B (XXIV), Reaffirmed the inalienable rights of the people of Palestine, 10 December 1969.

Report A/7720, Human Rights in Armed Conflicts, 20 November 1969.

Report A/8052, Human Rights in Armed Conflicts, 18 September 1970.

Resolution 2674, Human Rights in Armed Conflicts, 9 December 1970.

A/RES/2672 (XXV) A-D, United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East, 8 December 1970.

Report A/ES-10/248, Anexo I, Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, 24 November 2003.

### **Comisión de Derechos Humanos**

E/CN.4/1995/19, Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos en los Territorios Arabes Ocupados, Incluida Palestina, 13 de diciembre de 1994.

E/CN.4/1997/7, Question of the Human Rights of all persons subjected to any form of the Detention or Imprisonment, in particular: Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 January 1997.

Report E/CN.4/1998/87, 5 January 1998.

Informe E/CN.4/2000/25, Cuestión de la Violación de los Derechos Humanos en los Territorios Árabes Ocupados, incluida Palestina, 15 de marzo de 2000.

Report E/CN.4/2003/30, Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, 17 December 2002.

E/CN.4/2004/6, 8 September 2003.

Report E/CN.4/2006/29, Question of the Violation of Human Rights in the Occupied Arab Territories, Including Palestine, 17 January 2006.

#### Comité contra la Tortura

CAT/C/SR.296, 2 de diciembre de 1997.

UN. Doc. A/53/44, 18 May 1998,

CAT/C/ISR/CO/4, 23 June 2009.

UN Doc. A/57/44, May 2002.

#### Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

CERD/C/SR.1250, 9 March 1998.

#### Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

E/C.12/1/Add.90, 23 May 2003.

#### Comité de Derechos Humanos

CCPR/CO/78/ISR 21 de agosto de 2003.

#### Consejo de Derechos Humanos

A/HRC/S-3/L.1, Violaciones de los derechos humanos resultantes de las incursiones militares israelíes en el Territorio Palestino Ocupado, incluidos la reciente incursión en la parte septentrional de Gaza y el ataque a Beit Hanún, 14 de noviembre de 2006.

A/HRC/12/48, Human Rights en Palestine and others Occupied Arab Territories, 15 September 2009.

#### Consejo Económico y Social

Report E/1989/5/Add.14, 14 May 2001.

#### Consejo de Seguridad

Resolution S/RES/242, 22 November 1967.

Resolution S/RES/252, 21 May 1968.

Resolución 339 de 23 de Octubre de 1973

Resolution S/RES/497, 17 December 1981.

Resolution A/RES/36/226, The Situation in the Middle East, 17 December 1981.

Resolution S/RES/799, 18 December 1992.

Resolution S/RES/904, 18 March 1994.

#### **Sentencias del Tribunal Supremo de Israel**

Sentencias consultadas en la página web del Tribunal Supremo:

HCJ 73/53, *Kol Ha'am" Co. LTD v. Minister of Interior*.

HCJ 98/1969, *Bergman v. Minister of finance and State Comptroller*.

HCJ 337/71, *Christian Association for the Holy Places v. Minister of Defense et al.*

HCJ 610/78, *Ayyoub et al. v. The Minister of Defense.*

HCJ 390/79, *Dweikat et. al. v. Government of Israel.*

HCJ 389/80, *Dapei Zahav v. Broadcasting Authority.*

HCJ 698/80, *Kawasme v. minister of defense.*

HCJ 69/81, *Bassil Abu Aita Et al. v The Regional Commander of Judea and Samaria.*

HCH 329/81, *Nof V. Attorney General.*

HCJ 246/81, *Derech Eretz v. Broadcasting Authority.*

HCJ 141/82, *Amnon Rubinstein M.K v. Chairman of the Knesset.*

HCJ 297/82, *Berguer v. Ministry of Interior*

HCJ 393/82, *Jamait Askan et al. v. IDF Commander of Judea and Samaria.*

HCJ 153/83, *Alan Alevi and Yaheli Amit v. Southern District Police Commander.*

HCJ 698/85, *Dajalis v. IDF Commander in Judea and Samaria.*

HCJ 897/86, *Jaber v. The Head of the Central Commander of the IDF.*

HCJ 910/86, *Major (Res.) Yehuda Ressler v. Minister of Defense.*

HCJ 785/87, *Abd al Nasser Al Azis v. Commander of I.D.F forces in the West Bank.*

HCJ 680/88, *Meir Schnitzer v. The Chief Military Censor.*

HCJ 806/88, *Universal City Studies v. Films Plays and Censorship Board.*

HCJ 425/89, *Tsofan v. General Military Prosecutor.*

HCJ 168/91, *Murkos v. Minister of Defense et al.* (un extracto de la sentencia en *IYHR*. Vol. 23, 1993, p. 339)

HCJ 5973/92, *Association for Civil Rights in Israel v. The Minister of Defense.*

HCJ 6163/1992, *Yoel Eisenberg v. Minister of Building and Housing*.

HCJ 2722/92, *Mohammed Alamarin v. IDF Comander in Gaza Strip*.

HCJ 6821/93, *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*.

HCJ 205/94, *Nof v. Ministry of Defense*.

HCH 5100/94, *Public Committee against Torture v. Israel*

HCJ 7092/94, *The Queen v Sheldon G. Edelson*.

HCJ 6698/95, *Aadel v. Ka'adan v. Israel Land Administration*.

Cr.A. 7048/97, *Anonymous v. Minister of Def*.

HCJ 6924/98, *Association for Civil Rights in Israel v. State of Israel*.

HCJ 1113/99, *Adalah Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Religious Affairs*.

HCJ 727/00, *Committee of Heads of Local Arab Councils in Israel v. Ministry of construction and Housing*

HCJ 10356/02, *Yoav Hass v. IDF Commander in West Bank*.

HCJ 769/02, *Public Committee against Torture in Israel v Government of Israel*.

HCJ 3451/2002, *Almandi v. The Minister of Defense*.

HCJ 3799/02, *Adala v. Central Commander IDF*.

HCJ 2393/2002, *Physicians for Human Rights v. The Commander of the IDF Forces in the West Bank..*

HCJ 3239/02, *Marab v. IDF Commander in the West Bank*.

HCJ 3278/02, *The Center for the Defense of the Individual v. Commander of the IDF Forces in the West Bank*.

HCJ 5591/02, *Adala v. Commander of the Kziot Military Camp-Kziot*.

HCJ 5627/02, *Saif v. Government Press Office*.

HCJ 10497/02, *Yoav Hass v. IDF Commander in West Bank*.

HCJ 8990/02, *Physicians for Human Rights v. Southern Military Commander*.

HCJ 7015/2002, *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*.

HCJ 5784/03, *L. Salame v. IDF Commander of Judea and Samaria*.

HCJ 1890/03, *Bethlehem Municipality v. State of Israel*.

HCJ 11163/03, *Supreme Monitoring Committee for Arab Affairs in Israel and others v. Primer Minister of Israel*.

HCJ 7052/03, *Adalah Legal Centre for Arab Minority Rights in Israel and others v. Minister of Interior*.

HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*.

HCJ 7957/04, *Mara'abe v. The Prime Minister*.

HCJ 4764/04, *Physicians for Human Rights v. Commander of Military Forces in Gaza*.

HCJ 8414/05, *Ahmed Issa Abdallah Yassin, V. The Government of Israel*.

HCJ 9132/07, *Jaber Al Bassouni Ahmed and others v. Primer Minister*.

HCJ 2150/07, *Ali Hussein v. Minister of Defense*.

HCJ 209/09, *Physicians for Human Rights v. Prime Minister*.

HCJ 5039/09, *Daya v. Goc Central Command et al*.

HCJ 4169/2010, *Yiftach Cohen v. The Minister of Defense*.

### **Direcciones electrónicas**

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7944.pdf>

<http://www.btselem.org/english/statistics/casualties.asp>

<http://www.counterpunch.org/cook04142011.html>

<https://www.es.amnesty.org>

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/244/04/IMG/NR024404.pdf?OpenElement>

<http://domino.un.org/unispal.nsf/db942872b9eae454852560f6005a76fb/89c006eaf4e7fcf585256dea007480fe?OpenDocument>

<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/7900b2bacd4290ca85256cbd0055c599?OpenDocument>

<http://www.geocities.com/savepalestinenow/israelmilitaryorders/israelimilitaryorders.htm>

<http://www.hamoked.org/Document.aspx?dID=111800>

<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf?PHPSESSID=8ac6811457d65f3ff8b330c888e31ab8>

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jm9z.htm>

<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/occupation-statement-211105.htm>

<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1687.pdf>

[http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/citizenship\\_law.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/citizenship_law.htm)

<http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/return.htm>

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Facts+About+Israel/History/HISTORY+The+Peace+Process.htm>

[http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/1990\\_1999/1995/9/Acuerto+Interino+Israelo-Palestino+-+Puntos+Princi.htm](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/1990_1999/1995/9/Acuerto+Interino+Israelo-Palestino+-+Puntos+Princi.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000\\_2009/2004/1/Las%20negociaciones%20israelo-palestinas](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000_2009/2004/1/Las%20negociaciones%20israelo-palestinas)



[http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000\\_2009/2005/El+Plan+de+Desco  
nexion+-+Reanudacion+del+proceso+de+paz+israeli.htm](http://www.mfa.gov.il/MFAES/MFAArchive/2000_2009/2005/El+Plan+de+Desco<br/>nexion+-+Reanudacion+del+proceso+de+paz+israeli.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts+About+Israel/EL+ESTADO-  
+Fuerzas+de+Defensa+de+Israel.htm](http://www.mfa.gov.il/MFAES/Facts+About+Israel/EL+ESTADO-<br/>+Fuerzas+de+Defensa+de+Israel.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addres  
ses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addres<br/>ses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000\\_2009/2003/2/DISPUTED%20TER  
RITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/2000_2009/2003/2/DISPUTED%20TER<br/>RITORIES-%20Forgotten%20Facts%20About%20the%20We)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law+-+Jerusalem  
+Capital+of+Israel.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law+-+Jerusalem<br/>+Capital+of+Israel.htm)

[http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/20E57894-C480-48E4-9CBC  
25FABD94BF66/0/FAQes.pdf](http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/20E57894-C480-48E4-9CBC<br/>25FABD94BF66/0/FAQes.pdf)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980\\_1989/Basic+Law+The+Judiciary.h  
tm](http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1980_1989/Basic+Law+The+Judiciary.h<br/>tm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+doc  
uments+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Reference+Documents/Agreed+doc<br/>uments+on+movement+and+access+from+and+to+Gaza+15-Nov-2005.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addres  
ses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Key+Speeches/PM+Sharon+addres<br/>ses+the+UN+General+Assembly+15-Sep-2005.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/THE  
+ISRAELI-PALESTINIAN+INTERIM+AGREEMENT.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/THE<br/>+ISRAELI-PALESTINIAN+INTERIM+AGREEMENT.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Behind+the+Headlines/Behind+t  
he+Headlines+-+Six+months+in+terrorist+captivity+11-Jan-2007.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/About+the+Ministry/Behind+the+Headlines/Behind+t<br/>he+Headlines+-+Six+months+in+terrorist+captivity+11-Jan-2007.htm)

[http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Israe  
ls+Disengagement+Plan+-+Renewing+the+Peace+Process+Apr+2005.htm](http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Israe<br/>ls+Disengagement+Plan+-+Renewing+the+Peace+Process+Apr+2005.htm)

<http://www.netanyahu.org/loyoparishav.html>

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AI\\_Israel42\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/AI_Israel42_sp.pdf)

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMG\\_C\\_Report.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/specialsession/9/docs/UNFFMG_C_Report.pdf)

<http://www1.umn.edu/humanrts/research/ratification-israel.html>

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument)

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.78.ISR.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.78.ISR.Sp?Opendocument)

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/8976BE248C8E02AE85256DB1004DDCC>

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/0306124470443C948525712B006A70B7>

<http://www.unrwace.org/images/pdf/2009estadisticaspoblacinrefugiada.pdf>

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.90.En?Opendocument)

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/a99aac7862091b84c125661d0039a6e0?Opendocument>

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/9c66.../daf82ddcda36946e80256609004b7df9?OpenDocument>

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.SR.296.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.SR.296.Sp?Opendocument)

